

M

Markt & Mededinging

M

Special Issue: 'Marktwerking in de zorg' met o.a.



Fusies van ziekenhuizen



Zorgfusies getoetst



De beoordeling van samenwerkingsvormen in de zorg onder art. 6 Mw.

Inhoud

Redactioneel

- 41 Worstelen met marktwerking in de zorg
Prof. dr. E.E.C. van Damme

Artikelen

- 44 Fusies van ziekenhuizen. Het beoordelingskader van de NMa
Prof. dr. M.C.W. Janssen, drs. K. Schep en prof. dr. J. van Sinderen
- 54 Ziekenhuisfusies en publieke belangen
Prof. dr. M.F.M. Canoy en prof. mr. W. Sauter
- 62 Zorgfusies getoetst. Een juridisch perspectief
Mr. M. Snoep, mr. D. Schrijvershof en mr. S. Chamalaun

Column

- 72 Het ziekenhuissysteem
Prof. dr. H. Keuzenkamp

Artikelen

- 74 Marktafbakening en marktmacht in de zorgsector
Dr. R.S. Halbersma, drs. W. Kerstholt en dr. M.C. Mikkers
- 83 Efficiëntieverbeteringen in concentratiecontrole
Dr. T.W.P. van Dijk
- 89 De beoordeling van samenwerkingsvormen in de zorg onder artikel 6 Mw. Ketenzorg is geen kartel
Mr. drs. B.M.M. Reuder, dr. G. Tezel en mr. I.W. VerLoren van Themaat

Markt en Mededinging

M&M 2009/afl., p. ...

Formule

Markt & Mededinging is een tijdschrift voor de Nederlandse mededingingspraktijk en -wetenschap. Het tijdschrift combineert wetenschappelijke vraagstukken met de Nederlandse rechtspraktijk. De lezer blijft door annotaties van relevante Europese en Nederlandse rechtspraak en NMa-besluiten op de hoogte van de laatste ontwikkelingen in het mededingingsrecht.

Redactie

Mr. P.V.F. Bos
Prof. dr. E.E.C. van Damme
Mr. B.J. Drijber
Prof. mr. B.M.J. van der Meulen
Mr. T.R. Ottervanger
Mr. E.H. Pijnacker Hordijk
Mr. H.H.P. Lugard
Prof. mr. P.J. Slot

Redactieraad

Mw. prof. dr. L. Hancher
Mr. P. Kalbfleisch
Mr. A.W. Kist
Prof. mr. M.R. Mok
Mr. G. van der Wal

Medewerkers

Mr. W.T. Algera, Mr. M. Chatelin, Mr. C.T. Dekker,
Mw. mr. L. van Duuren, Mr. M.J.J.M. Essers,
Mw. mr. J. Galjaard, Mr. D.J.M. de Grave, Mr. M.A. de Jong,
Mr. drs. W. Knibbeler, Mr. L.E.J. Korsten, Mr. P. Kreijger,
Mw. mr. S.A.C.M. Lavrijssen, Mr. W.B.J. van Overbeek,
Mw. mr. L.Y.J.M. Parret, Mr. C.E. Schillemans,
Mr. drs. J.F. Schutte, Mr. drs. M.M. Slotboom,
Mr. Ch.R.A. Swaak, Prof. mr. F.O.W. Vogelaar, Mr. Y. de Vries

Redactiesecretariaat

Kopij kan per e-mail worden gezonden aan mr. C.Y.M. Helmer, tel. 06-17 54 48 55, e-mail charlottehelmer@planet.nl. Auteursrichtlijnen zijn bij de redactiesecretaris verkrijgbaar.

Aanwijzing voor auteurs

Een auteur die een bijdrage voor dit tijdschrift aanlevert, geeft de uitgever tevens een niet-exclusief recht de bijdrage geheel of gedeeltelijk op te nemen in de door Boom Juridische uitgevers (al dan niet in samenwerking met derden) geëxploiteerde database(s).

Uitgever

Boom Juridische uitgevers, Amaliastraat 9, Postbus 85576, 2508 CG Den Haag, tel. 070-330 70 33, fax 070-330 70 30 e-mail info@bju.nl, website www.bju.nl

Abonnementen

Markt en Mededinging verschijnt zes keer per jaar. De abonnementsprijs bedraagt € 279 per jaar (excl. btw, incl. verzendkosten) voor een plusabonnement en € 249 per jaar (incl. btw en verzendkosten) voor een folio-abonnement. Een plusabonnement biedt u naast de gedrukte nummers tevens het online-archief vanaf 1998 én een e-mailattendering. Kijk op www.bju-tijdschriften.nl voor meer informatie. Voor de opbergband wordt eenmalig € 7 (excl. btw) in rekening gebracht.

Abonnementen kunnen op elk gewenst tijdstip ingaan. Valt de aanvang van een abonnement niet samen met het kalenderjaar, dan wordt over het resterende gedeelte van dat jaar een evenredig deel van de abonnementsprijs in rekening gebracht. Het abonnement kan alleen schriftelijk tot uiterlijk 1 december van het lopende abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voor een jaar verlengd.

Voor een abonnement kunt u contact opnemen met Boom distributiecentrum via tel. 0522-23 75 55 of budh@boomdistributiecentrum.nl. Het plusabonnement kunt u tevens afsluiten via www.bju-tijdschriften.nl.

Advertenties

Voor het plaatsen van een advertentie in dit tijdschrift kunt u contact opnemen met Bureau BDM, tel. 0172-23 44 60, e-mail bdmbv@euronet.nl.

ISSN 1387-6236


Nederlandse uitgeversverbond
Groep uitgevers voor vak en wetenschap

Worstelen met marktwerking in de zorg

Prof. dr. E.E.C. van Damme*

In het laatste nummer van *Markt & Mededinging* in 2008 stelde columnist Marcel Canoy dat tekortschietend fusietoezicht door de NMa een bedreiging vormt voor de succesvolle transformatie van het Nederlandse zorgstelsel naar een stelsel met effectieve vraagsturing. Als door een wesp gestoken reageerde de Chief Economist van de NMa nog in hetzelfde nummer, daarmee het belang van het thema illustrerend. Columns en reacties vormen echter geen geschikt medium voor fundamentele discussie; het gaat immers niet om opinie, maar om analyse, waar mogelijk gebaseerd op harde feiten. Dit themanummer van *M&M* geeft een aanzet tot een dergelijke fundamentele discussie.

De verschillende bijdragen in dit nummer geven een overzicht van de stand van zaken, vijf jaar nadat de NMa zich intensief met zorgmarkten bezig is gaan houden, drie jaar na de invoering van de Wet Marktordening Gezondheidszorg (WMG), en drie jaar nadat de NMa de zorgsector voor het eerst als speciaal aandachtsgebied bestemde. Een tweede directe aanleiding voor dit themanummer vormt het aankomende besluit van de NMa in de zaak van de Zeeuwse Ziekenhuizen dat naar verwachting eind maart (tussen het schrijven van dit redactioneel en het verschijnen van dit nummer) genomen zal worden en waarin, naar verluidt, het efficiëntieverweer van partijen centraal staat.

De zorgsector is om meerdere redenen bijzonder. Het belang van goede, voor iedereen betaalbare zorg is voor iedereen evident. In het besef dat het oude, aanbodgestuurde, stelsel tekortschoot en niet toekomstbestendig was, was er rond 2000 breed draagvlak voor kanteling van het stelsel in de richting van vraagsturing. Er werd daarom ingezet op een nieuwe rolverdeling, met versterking van de positie van de zorgvrager ten opzichte van de zorgaanbieder, een belangrijke rol voor zorgverzekeraars op competitieve verzekeringsmarkten, en een vergroting van de

speelruimte van de zorgaanbieders, waarbij de overheid zich zou beperken tot het stellen van kaders en het houden van toezicht.

De verwachtingen waren hoog gespannen. Meer marktwerking zou de aanbieders tot betere prestaties, lagere kosten en meer innovatie brengen. Tegelijkertijd was duidelijk dat er vermoedelijk geen sector was waarin zoveel vormen van marktfalen bij elkaar komen: de zorgvrager is niet degene die betaalt; de cliënt/patiënt/consument is slecht geïnformeerd over kwaliteit en kwaliteitsverschillen; aanbieders hebben betere informatie en kunnen additionele vraag uitlokken; er zijn schaalvoordelen en stevige lokale machtsposities; er is een cultuur van samenwerking; en het aanbod bestaat uit een hybride structuur van *not-for-profit* instellingen naast sterk op winst gerichte maatschappen. Kan marktwerking in een dergelijke situatie wel tot wasdom komen?

Marktwerking is geen doel maar een middel. De eerste fundamentele vraag is: wat zijn eigenlijk de publieke belangen in de zorg en hoe kunnen we die optimaal borgen? Vervolg vragen zijn of de huidige marktordening wel adequaat is en of de politiek aan de toezichthouders, NMa, NZa en IGZ, wel voldoende krachtige instrumenten heeft meegegeven om de transitie te bewerkstelligen. Volstaat het algemene mededingingstoezicht door de NMa, of moeten andere vormen van toezicht en alternatieve borgingsmechanismen worden bijgeschakeld? Deze vragen lopen als een rode draad door dit nummer, waarbij de nadruk ligt op de *cure* (gericht op genezing) en op het fusietoezicht op ziekenhuizen door de NMa. Gegeven dat de meeste ervaring in dat segment is opgedaan, ligt deze focus voor de hand. Er zijn echter uitstapjes naar gerelateerde onderwerpen als verticale fusies (tussen ziekenhuizen en verzekeraars), terwijl in een bijdrage over ketenzorg ook de *care* sector (verpleging en verzorging) aan de orde komt. Hier spelen vergelijkbare problemen: ook hier is de NMa in 2008 zeer actief geweest, en zijn de uitdagingen voor de toekomst vermoedelijk even groot.

* Prof. dr. E.E.C. van Damme is hoogleraar Economie aan de Universiteit van Tilburg, CentER for Economic Research en co-directeur van TILEC.

De bijdrage van de medewerkers van de NMa aan dit *special issue* is zeer openhartig en verhelderend; zij maakt duidelijk wat de NMa doet, waarom zij dat doet, en waarom de NMa geen reden ziet om het in de toekomst anders te gaan doen. Opvallend is echter ook dat Janssen, Schep en Van Sinderen zich strikt bij de eigen leest houden en geen uitspraak doen over de toereikendheid van hun instrumentarium. Zij schrijven:

‘De wetgever heeft de NMa echter niet de taak gegeven om fusies op hun maatschappelijke waarde te beoordelen. De NMa beoordeelt concentraties op het mogelijk effect dat het nieuw te vormen bedrijf op de mededinging kan hebben (...). Efficiëntieoverwegingen worden alleen in de beschouwing betrokken indien een voorgenomen fusie tot een significante belemmering van de mededinging leidt, en in dat geval wordt vooral beoordeeld of patiënten ook profiteren van eventuele schaalvoordelen.’

Het is opmerkelijk dat de Chief Economist van de NMa en zijn twee coauteurs, allen economen, niet over de formeel juridische teksten heenstappen. Opvallend is ook dat zij de patiënt/consument slechts in laatste instantie noemen, en dat zijn/haar belangen klaarblijkelijk niet het uitgangspunt vormen.

Dat had wel wat agressiever gekund. In het consultatiedocument over de NMa-agenda 2006 schreef de NMa nog: ‘Daar waar marktwerking in de zorg mogelijk is, is het doel een goed werkende markt te bewerkstelligen waarin mededingingsregels worden nageleefd en het belang van de patiënt voorop staat.’¹ Dit sloot ook prima aan bij de algemene doelstellingen van het Europese mededingingsrecht die Neelie Kroes destijds formuleerde: ‘*Our aim is simple: to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources.*’² Concurrentie niet als doel op zich, maar als middel om de consumentenwelvaart te stuwen; een uitgangspunt dat ook door onze regering gehuldigd wordt. Onlangs liet ook Pieter Kalbfleisch zich in vergelijkbare zin uit: ‘*To conclude, the enhancement of consumer welfare, both short and long term should be to the forefront when we are applying competition law.*’³ Waarom zijn ambtenaren voorzichtiger dan hun leiders?

Dit alles impliceert niet noodzakelijk dat de NMa de taak heeft fusies op hun maatschappelijke waarde te beoordelen, maar wel dat de NMa zich richt op het belang van de patiënt en zich opstelt als belangenbehartiger van die patiënt. Ik zou het ook algemener stellen: vervang patiënt door consument en de voorgaande zin kan op alle sectoren toegepast worden. Het vereist naar mijn mening ook, zoals Van Dijk opmerkt in zijn bijdrage over het efficiëntieverweer bij fusies, een *integrale* toets van fusies. De vaststelling dat concurrentie beperkt wordt, is niet het eindpunt,

hoogstens een indicatie dat het consumentenbelang vermoedelijk geschaad wordt. In deze visie zijn de afbakening van de relevante markt, het onderzoek of de fusie leidt tot een significante belemmering van de mededinging, en het onderzoek naar mogelijke efficiënties alle (slechts) bouwstenen die ertoe dienen de uiteindelijke hamvraag te beantwoorden: hebben de consumenten/patiënten baat bij de fusie, of niet? Het zou goed zijn als de NMa op dit punt kleur zou bekennen: zit er spanning tussen de visie zoals verwoord door Kroes en Kalbfleisch en de tekst van de Mededingingswet? Indien ja, is het dan raadzaam de wet aan te passen? Indien nee, hoe gaat de NMa dan om met het consumentenbelang? Bovendien zou het goed zijn te weten hoe de NMa de moeilijkste boodschap brengt die voor haar te brengen is, door Pieter Kalbfleisch in de reeds geciteerde speech omschreven als ‘*The most difficult lesson in competition, especially for politicians, is that competition among enterprises leads not only to winners, but (also) to losers*’.

Verdelingsvraagstukken kunnen inderdaad niet altijd buiten beschouwing blijven: sommige consumenten kunnen er als gevolg van een fusie op vooruit gaan en andere op achteruit. Op vergelijkbare wijze kunnen er *trade-offs* bestaan tussen de drie dimensies die de NZa hanteert bij het consumentenbelang: bereikbaarheid, betaalbaarheid en kwaliteit. Chirurgie is een vaardigheid en voldoende ervaring en oefening is noodzakelijk om een goede kwaliteit product te kunnen leveren; adequate schaalgrootte is dus nodig. Een fusie tussen twee ziekenhuizen vergroot de schaal en kan de kwaliteit van de dienstverlening doen toenemen. Anderzijds kan een fusie direct ten koste gaan van de bereikbaarheid en kan als gevolg van het wegvallen van een deel van de concurrentie de betaalbaarheid onder druk komen. Hoe de plussen en minnen tegen elkaar af te wegen? Zoals dit nummer laat zien, hebben we op deze vraag nog geen antwoord. Twee aspecten spelen een rol. Ten eerste is er de conceptuele vraag naar hoe we in de zorgmarkt de consumentenwelvaart concretiseren en meetbaar maken. Ten tweede ontbreken veelal de gegevens om de berekeningen ook daadwerkelijk uit te kunnen voeren.

Duidelijk is wel dat, om uiteindelijk een goede afweging te kunnen maken en een beslissing te kunnen nemen, de bovengenoemde bouwstenen in prima staat moeten zijn, en een passend geheel moeten opleveren. De bijdrage van Halbersma, Kerstholt en Mikkers gaat in op marktafbakening en de bepaling van marktmacht. Met een focus op de ziekenhuismarkt bespreken zij zowel traditionele methoden (zoals de *Elzinga-Hogarty-test* en de *Critical Loss* methode) die op patiëntenstromen gebaseerd zijn, als moderne methoden gebaseerd op keuzemodellen van patiënten/verzekerden (zoals de *option-demand* methode) waarmee direct marktmacht van aanbieders en betalingsbereidheid van verzekerden bepaald kan worden. Hun bijdrage geeft inzicht in wat van dergelijke methoden verwacht kan worden, wat de beperkingen zijn, en welke data nodig zijn om de methoden te kunnen toepassen. De bijdrage van Theon van Dijk gaat in op het efficiëntieverweer bij fusies. Hij legt uit waarom het efficiëntieverweer in de praktijk nauwelijks gevoerd wordt en hij betoogt dat effi-

1. Zie <http://www.nmanet.nl/Images/Consultatiedocument%20NMa%20Agenda_tcm16-78498.pdf>, p.12.
2. Neelie Kroes: *European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices*, speech, Londen 15 september 2005.
3. Pieter Kalbfleisch: *Consumer welfare, innovation and competition*, speech, Innsbruck 26 februari 2009.

ciëntievoordelen meer aandacht verdienen dan ze nu in de Europese fusiecontrole krijgen. In de bijdragen van Janssen en coauteurs en Snoep en coauteurs komen de diverse bouwstenen samen. Deze artikelen bespreken de NMa-besluiten met betrekking tot fusies tussen ziekenhuizen in Nederland. Janssen en coauteurs doen dat vanuit het perspectief van de NMa, Snoep en coauteurs vanuit de advocatuur. De beide artikelen samen geven een goed overzicht van de stand van zaken in ons land, het gehanteerde beoordelingskader, de gehanteerde methoden en de punten waarop verschil van inzicht mogelijk is. Het artikel van Canoy en Sauter plaatst dit geheel in een breder perspectief, daarbij refererend aan de discussie over Diensten van Algemeen Economisch Belang (DAEB). In elk van deze drie laatste bijdragen worden ook uitstapjes gemaakt naar recente onderwerpen zoals verticale fusies tussen ziekenhuizen en verzekeringsmaatschappijen en staatssteun aan noodlijdende ziekenhuizen. Ook de column van Hugo Keuzenkamp, lid van de raad van bestuur van het Westfriesgasthuis, gaat over dit thema.

In de bijdrage van Berend Reuder, Gülbahar Tezel en Weijer Verloren van Themaat staan niet fusies centraal, maar samenwerking tussen zorgaanbieders en ketenzorg in het bijzonder. Bij ketenzorg bieden onafhankelijke zorgondernemingen complementaire diensten in gecoördineerd verband aan ten behoeve van onderlinge samenhang, continuïteit en kwaliteit van zorg. Vanuit de zorgpraktijk en vanuit het ministerie van VWS wordt krachtig betoogd dat ketenzorg een belangrijke bijdrage kan leveren aan kwaliteit; dat ketenzorg in bepaalde situaties zelfs essentieel is om goede zorg te kunnen leveren en dat stimulering van dergelijke vormen van zorg dus gepast is. Afstemming en coördinatie kan echter op gespannen voet staan met het onafhankelijk gedrag dat de Mededingingswet als regel vereist. De vraag is dus hoe en waar de grens tussen ketenzorg en kartelgedrag te trekken. Ook hier is de vraag weer naar het effect van de ketenafspraken en wat dat betreft zijn er duidelijke parallellen met de beoordeling van (horizontale) fusies tussen ziekenhuizen en conglomeratafusies tussen ziekenhuizen en verzekeraars.

Opvallend is wel dat er tot nu toe veel minder aandacht geweest is voor de beoordeling van vormen van ketenzorg dan voor de beoordeling van fusies. Reuder en coauteurs schrijven: 'Wij gaan overigens uit van de premisse dat zuivere ketenzorg niet tot doel heeft de mededinging te beperken.', met andere woorden dat (zuivere) ketenzorg niet louter op basis van formeel juridische argumenten verboden zou mogen worden. Economische effectanalyse is dan dus nodig, maar deze tak van sport is momenteel op het terrein van de *care* nog niet erg ver ontwikkeld. Ten dele wordt dit veroorzaakt door de eis dat efficiënties en patiëntenvoordelen door partijen die participeren in ketenzorgafspraken gedocumenteerd worden, en dat dit vooralsnog, mede als gevolg van gebrek aan data, een lastige opgave is gebleken. Er is kortom nog werk aan de winkel. Fusies tussen verzekeraars en ziekenhuizen zitten eraan te komen, en diverse zorgaanbieders zitten nu al in financiële problemen, zowel in de *cure* als in de *care*, en er zal nagedacht moeten worden over hoe om te gaan met aanbieders die dreigen om te vallen. In de *care*sector is veel

gaande, maar is er nog relatief weinig harde analyse; het gevolg is onzekerheid over wat wel is toegestaan en wat niet. De ontwikkelingen gaan door. *M&M* zal haar lezers blijven informeren zowel door middel van opiniërende columns als door verdiepende (bijna) wetenschappelijke publicaties. ■

Artikel

Fusies van ziekenhuizen

Het beoordelingskader van de NMa

Prof. dr. M.C.W. Janssen, drs. K. Schep en prof. dr. J. van Sinderen*

Dit artikel bevat een overzicht van de NMa-besluiten met betrekking tot fusies tussen ziekenhuizen. Het plaatst de besluiten en de commentaren daarop in perspectief van de ontwikkeling van het denken binnen de NMa. Het artikel besteedt aandacht aan wat wel en niet mogelijk is binnen het toetsingskader van de Mededingingswet. Alleen dan wanneer er sprake is van marktmacht op de relevante markt kan de NMa aspecten van kwaliteit van de zorg en efficiëntievoordelen mee laten wegen. In haar besluiten houdt de NMa sterk rekening met het feit dat marktwerking in de zorgmarkt nog in een pril stadium verkeert.

1. Inleiding

Bij het beoordelen van concentraties door een mededingingsautoriteit is de cruciale vraag die beantwoord moet worden of de toegenomen marktconcentratie van een dusdanige aard is dat er sprake is van een significante belemmering van de mededinging. Pas als deze vraag bevestigend beantwoord is, komen discussies over eventuele remedies en mogelijke efficiëntieoverwegingen in het vizier. De vraag over marktmacht laat zich ook bij fusies¹ in de gezondheidszorg stellen. Efficiëntieverweer in de zorg komt vooral aan de orde wanneer de fusiepartners proberen hard te maken dat in geval van een beper-

king van de mededinging, een fusie toch voordelen kan hebben omdat er geprofiteerd zou kunnen worden van schaalvoordelen, meer specialisatie en een verbetering van de kwaliteit, waar vooral ook de gebruikers van de zorg van kunnen profiteren.

Om de toename in marktconcentratie te kunnen bepalen moet een beeld gevormd worden van de substitutiemogelijkheden aan zowel de vraag- als de aanbodkant van de markt: in hoeverre hebben consumenten de reële mogelijkheid voor een andere aanbieder te kiezen en in hoeverre hebben andere (mogelijk nog niet actieve) aanbieders de mogelijkheid (op korte termijn en zonder al te grote investeringen) soortgelijke producten aan te bieden zodat zij concurrentiedruk uitoefenen op de fuserende bedrijven? Bij het beoordelen van deze substitutiemogelijkheden rijzen in de ziekenhuismarkt echter specifieke problemen. Het gaat dan naast de mogelijke gevolgen op de prijzen, ook om de invloed op de reistijden en om wachttijden en wachtlijsten, alsmede om het bepalen van de relevante markt in een sector waar prijzen voor een groot deel nog gereguleerd zijn.

Aan de aanbodkant rijst de vraag hoe ziekenhuizen met elkaar concurreren en wie uiteindelijk de relevante spelers zijn. Aan de vraagkant speelt de kwestie wie uiteindelijk de vraag bepaalt (de patiënt, de verzekeraar of de verwijzende huisarts?) en hoe iedere partij de keuzesituatie beoordeelt en hoe het met de interactie van de spelers zit. Een belangrijk onderdeel van de analyse van de vraagkant is te beoordelen of er waarneembare verschillen tussen het aanbod van de verschillende alternatieven zijn. Een belangrijk onderdeel van de analyse is ook te bepalen hoe de markt er in de toekomst met en zonder fusie uit zal zien. Aangezien de zorg, mede vanwege veranderingen in wet- en regelgeving, sowieso in een transitiefase zit, is de status quo niet bij voorbaat de meest geëigende *counterfactual*

* Prof. dr. M.C.W. Janssen is raadsadviseur van de NMa ten behoeve van de zorgsector, Competition Economists Group (CEG-Europe) en hoogleraar Erasmus Universiteit Rotterdam. Drs. K. Schep is senior medewerker bij de NMa, cluster zorg. Prof. dr. J. van Sinderen is Chief Economist, NMa en hoogleraar Economische Politiek, Erasmus Universiteit Rotterdam. Veel dank zijn wij verschuldigd aan diverse personen binnen de NMa en daarbuiten voor commentaar.

1. Waar in dit artikel het woord fusie wordt gebruikt, worden ook andere vormen van concentraties (zoals overnames) bedoeld.

waartegen een fusie beoordeeld moet worden. Dat geldt niet alleen voor ziekenhuisconcentraties, maar ook voor fusies tussen andersoortige zorginstellingen.

In de afgelopen jaren heeft de NMa verschillende fusies van ziekenhuizen beoordeeld. Voor elke fusieaanvraag moet een toegesneden analyse gemaakt worden waarin antwoorden op bovenstaande vragen een belangrijke rol spelen. Van de fusieaanvragen die niet tussentijds zijn ingetrokken was uiteindelijk de conclusie van de NMa dat er onvoldoende redenen waren een voorgenomen fusie te verbieden.

Van verschillende kanten zijn de NMa-besluiten bekritiseerd. Hoofdmoot van kritiek is dat de NMa te weinig haar tanden heeft laat zien. Het is – aldus de critici – tekenend dat in ons land nog nooit een rechtszaak rond een zorgkwestie is gevoerd, dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld in de VS en Duitsland.² Dit artikel plaatst de besluiten van de NMa en de commentaren daarop in perspectief en schetst waar het denken binnen de NMa ten aanzien van ziekenhuisfusies op dit moment staat. Al het commentaar overziend, ziet de NMa op dit moment geen aanleiding haar beleid ten aanzien van ziekenhuisfusies grondig te herzien.

Het artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 worden de acht ziekenhuiszaken van de NMa samengevat. Paragraaf 3 geeft een internationale vergelijking waarbij de Verenigde Staten en Duitsland kort besproken worden. Beide paragrafen geven de achtergrond waartegen de kritiek op de NMa-besluiten gezien moet worden. Het openbare commentaar dat de NMa vanuit verschillende kanten ontvangen heeft, wordt systematisch weergegeven in paragraaf 4. Paragraaf 5 geeft dan weer hoe wij over de kritiek denken en hoe de NMa op dit moment denkt over het beoordelen van voorgenomen ziekenhuisfusies. Paragraaf 6 sluit af met enkele concluderende opmerkingen.

2. Een overzicht van aangevraagde ziekenhuisfusies en de beoordeling

Het is pas sinds 2004 dat de NMa ziekenhuisfusies materieel beoordeelt.³ Sedertdien heeft de NMa acht fusieaanvragen van ziekenhuizen onderzocht. We geven hier een kort overzicht om een aantal lijnen in het denken van

de NMa neer te kunnen zetten.⁴ (Zie ook Tabel 1 aan het eind van deze sectie).

Juliana Kinderziekenhuis/Rode Kruis Ziekenhuis – Ziekenhuis Leyenburg (zaak 3524; 28-01-2004)

In de eerste ziekenhuiszaak die materieel beoordeeld is door de NMa is veel aandacht besteed aan productmarkt-afbakening. Geconcludeerd is dat klinische en niet-klinische zorg als aparte productmarkten moeten worden gezien, omdat het voor de zorgvrager vaak niet mogelijk is een behandeling waarvoor klinische opname is vereist, te vervangen door een poliklinische behandeling. Ook verschillen de toetredingsdrempels tussen klinische en niet-klinische ziekenhuiszorg.

De Elzinga-Hogarty-test levert voor zowel klinische als niet-klinische algemene ziekenhuiszorg een geografisch gebied op dat overeenkomt met de stad Den Haag en postcodegebieden in omliggende gemeenten.⁵ Binnen dit gebied vallen de fusieziekenhuizen, MCH en Bronovo. De gezamenlijke marktaandelen zijn minder dan 40 procent en bovendien is het MCH ongeveer even groot als de fusiepartners samen. Geconcludeerd is daarom dat er door de fusie geen significante belemmering van de mededinging zou ontstaan.

Ziekenhuis Hilversum – Ziekenhuis Gooi Noord (zaak 3897; 08-06-2005)

In de Gooise ziekenhuiszaak is in het besluit in de eerste fase op basis van de resultaten van de EH-test geconcludeerd dat de geografische markt het Gooi omvat. Aangezien de gezamenlijke marktaandelen van de fusieziekenhuizen in dit gebied zeer hoog zijn, is besloten dat een vergunning is vereist. In de vergunningsfase is zowel de productmarkt als de geografische markt nader onderzocht. Omdat er geen aanwijzingen waren dat op een of meer specialismen mededingingsrechtelijke problemen bestonden, was de beoordeling gericht op de markt voor algemene ziekenhuiszorg en is geen definitieve uitspraak over de productmarktafbakening gedaan.

Met name naar de geografische markt is in deze zaak uitgebreid onderzoek gedaan. Een nadeel van de EH-test is dat het een statische test is die geen rekening houdt met reacties van patiënten op bijvoorbeeld een prijsstijging of een kwaliteitsdaling. Daarom heeft de NMa in de vergunningsfase een onderzoek laten uitvoeren naar de reisbereidheid van patiënten (dynamische analyse). Omdat er geen rechtstreeks verband is tussen de prijs die ziekenhuizen ontvangen en de prijs die patiënten betalen kan, om de reisbereidheid van patiënten te bepalen, geen gebruik gemaakt worden van een hypothetische prijsstij-

2. Deze kritiek geldt overigens niet alleen de ziekenhuisfusies, waar wij ons in dit artikel voornamelijk op richten. Ook fusies tussen andere zorginstellingen (thuiszorg, intramurale zorg, geestelijke gezondheidszorg, enz.) zou de NMa te lichtvaardig beoordelen.

3. Voor 2004 zijn er ook ziekenhuisfusies gemeld bij de NMa, maar toen is steeds geconcludeerd dat door de destijds geldende wet- en regelgeving concurrentie tussen ziekenhuizen was uitgesloten. In het verlengde daarvan lag de opvatting dat er geen sprake was van marktwerking in de ziekenhuiszorg. Pas na het verschijnen van een visiedocument in 2004 van de NMa is deze opvatting losgelaten. (Zie NMa 2004).

4. In de twee zaken die in de regio Rotterdam-Rijnmond speelden, was het onafhankelijk van de gekozen onderzoeksmethoden op voorhand eigenlijk duidelijk dat de voorgenomen fusies niet zouden leiden tot een significante belemmering van de mededinging. Daarom bespreken we deze twee fusies niet.

5. De EH-test is een statische test die uitgaat van het feitelijke reisgedrag van patiënten voor de fusie. Is dat substantieel, dan kan dat een teken zijn dat de relevante markt groter is dan het directe verzorgingsgebied van de fusierende ziekenhuizen. Zie Knibbeler e.a. (2008) voor een beschrijving van deze test en de kritiek erop.

ging. In plaats daarvan is gekozen voor een benadering die uitgaat van een hypothetische verslechtering van het aanbod.

De gevolgen van een hypothetische verslechtering van het aanbod zijn op een drietal manieren onderzocht. In de eerste plaats is op basis van *feitelijke* gegevens over reistijden geprobeerd een schatting te maken van de prijs die patiënten bereid zijn te betalen voor hun zorgdiensten. In de tweede plaats is door middel van een enquête onderzocht wat de reactie van patiënten zou zijn op een *hypothetische* daling van de kwaliteit van de zorg. Ten slotte is via een andere enquête onderzocht of patiënten bereid zouden zijn meer te betalen voor de diensten van het gefuseerde ziekenhuis. De verzekeringspremie is hierbij als equivalent van de prijs genomen.

De diverse onderzoeksresultaten in deze zaak leveren geen eenduidig beeld op. De uitkomsten uit de eerste methode – gebaseerd op feitelijke reisgegevens – bevestigen het resultaat van de EH-test. De beide andere methoden – gebaseerd op enquêtegegevens – wijzen echter op een ruimere markt dan het Gooi. Hoewel meestal meer waarde dient te worden toegekend aan gebleken voorkeuren van consumenten, dan aan door consumenten aangegeven voorkeuren (en dat zou hier pleiten voor een engere marktdefinitie), heeft de NMa geoordeeld dat vanwege het feit dat de Nederlandse markt in transitie is (waardoor te verwachten is dat de – op dat moment afwezige – transparantie van kwaliteit en prijzen wordt vergroot) er goede redenen zijn om aan te nemen dat de reisbereidheid van patiënten in de nabije toekomst zal toenemen.

In deze zaak is geconcludeerd dat er onvoldoende grond was voor het vaststellen van een markt die beperkt is tot het Gooi. Op basis van reistijden vanuit het Gooi naar andere ziekenhuizen kon vervolgens worden vastgesteld dat meerdere ziekenhuizen concurrentiedruk uitoefenen op het fusieziekenhuis en dat het marktaandeel op deze ruimere markt slechts circa 20 procent zou bedragen.

Stichting Ziekenhuis Walcheren – Stichting Oosterscheldeziekenhuizen (zaak 5196; 18-11-2005 en zaak 6424; 25-03-2009)

Op basis van de EH-test en het actuele reisgedrag van patiënten claimen de meldende ziekenhuizen dat er sprake is van twee aparte relevante geografische markten die overeenkomen met Walcheren voor het Ziekenhuis Walcheren (gevestigd in Vlissingen) en Schouwen-Duiveland en Noord- en Zuid-Beveland voor de Oosterscheldeziekenhuizen (gevestigd in Goes en Zierikzee). De NMa merkt hierbij op dat de EH-test gebaseerd is op een statistische analyse en dat er niet uit kan worden afgeleid hoe patiënten reageren op eventuele wijzigingen in prijs of kwaliteit. In markten in transitie waar in de nabije toekomst ziekenhuizen vrijer zijn bij het bepalen van prijs-kwaliteitsverhoudingen voor de producten die ze aanbieden, is het aannemelijk dat verschillende ziekenhuizen andere keuzes maken en er voor de patiënt ook meer te kiezen is.

Hoe de geografische markt ook precies gedefinieerd zou worden, als gevolg van de fusie zouden sowieso zeer hoge marktaandelen ontstaan. Geconcludeerd is dan ook dat de

voorgenomen fusie kan leiden tot een economische machtspositie. De meldende ziekenhuizen claimen dat de voorgenomen fusie zou leiden tot positieve effecten zoals kostenverlagingen en kwaliteitsverbeteringen. Aangezien de ziekenhuizen deze effecten in de zaak van 2005 onvoldoende aannemelijk hebben kunnen maken en niet konden aantonen dat die eventuele voordelen door de fusie gerealiseerd worden, heeft de NMa het efficiëntieverweer verworpen. Er moest derhalve een vergunning worden aangevraagd. In de vergunningsfase heeft de NMa uitgebreid onderzoek gedaan. Helaas heeft de NMa hierover geen besluit naar buiten kunnen brengen, aangezien de beide ziekenhuizen hun vergunningsaanvraag hebben ingetrokken op de dag dat de NMa voornemens was haar besluit te nemen.

Nadien is een nieuwe aanvraag ingediend. Ook in deze nieuwe procedure heeft de NMa geconstateerd dat er een mededingingsprobleem ontstaat in Midden-Zeeland. De fuserende ziekenhuizen hebben in de loop van de behandeling van deze zaak echter voorstellen gedaan om de mededingingsbezwaren weg te nemen en de geclaimde efficiëntieverbeteringen als gevolg van de fusie zeker te stellen. De NMa heeft deze voorgenomen fusie vervolgens onder strikte voorwaarden toch goedgekeurd. De belangrijkste voorwaarden zijn een prijsplafond voor medische diensten in het vrije segment en de realisatie van noodzakelijke medische faciliteiten voor basisziekenhuiszorg (waaronder een Intensive Care en een Spoedeisende Hulp). Daarnaast dient het fusieziekenhuis toetreding van mogelijke nieuwe aanbieders in de regio te faciliteren, bijvoorbeeld door operatiekamerfaciliteiten ter beschikking te stellen. Deze voorwaarden dienen ertoe om de continuïteit van de basisziekenhuiszorg te garanderen, de geclaimde kwaliteitsverbeteringen te waarborgen en negatieve gevolgen als gevolg van het geconstateerde mededingingsprobleem – zoals prijsstijgingen – weg te nemen. De NMa heeft bij haar oordeel de zienswijzen van de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) zwaar laten meewegen.

Laurentius Ziekenhuis Roermond – St.-Jans Gasthuis Weert (zaak 5935; 19-02-2007)

Op basis van een EH-test zou kunnen worden geconcludeerd dat de relevante markt grotendeels overeenkomt met de gezamenlijke verzorgingsgebieden van de ziekenhuizen (Midden-Limburg). Volgens de NMa volstond de EH-test in deze zaak echter niet om de omvang van de geografische markt vast te stellen. Op basis van een reistijdenanalyse is vervolgens vastgesteld dat voor bijna alle patiënten woonachtig in Midden-Limburg meerdere alternatieve ziekenhuizen bereikbaar zijn en dat in een ruimere markt de fusiepartners een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 20 procent hebben. Hierdoor is het niet aannemelijk dat er een mededingingsprobleem ontstaat.

Medisch Centrum Alkmaar – Gemini Den Helder (zaak 5886; 13-09-2007)

Uitvoering van een EH-test geeft geen eenduidig beeld. Daarom heeft de NMa een reistijdenanalyse uitgevoerd.

Tabel 1 Chronologisch overzicht van NMa-besluiten aangaande verzoeken van ziekenhuizen te fuseren

Fuserende ziekenhuizen	Datum	Methode geografische markt	Productmarkt onderzocht
Juliana Kinderziekenhuis/ RKZ – Leyenburg	28-01-2004	EH-test	Ja
Ziekenhuis Hilversum – Ziekenhuis Gooi Noord	15-12-2004	1e fase: EH-test	
	08-06-2005	2e fase: verschillende methoden die reisbereidheid proberen te meten	Ja
Erasmus MC – Havenziekenhuis	08-06-2005	Niet relevant	Nee
Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen	18-11-2005; 25-03-2009	EH-test, reistijden	Nee
Laurentius Ziekenhuis – St.-Jans Gasthuis	19-02-2007	EH-test, reistijden	Nee
Vlietland Ziekenhuis – MC Rijnmond Zuid	19-07-2007	Niet relevant	Nee
MCA – Gemini	13-09-2007	EH-test, reistijden	Nee
St.-Lucas Ziekenhuis – Delfzicht Ziekenhuis	29-04-2008	Reistijden	Nee

Voor vrijwel alle inwoners van het gezamenlijke verzorgingsgebied van de ziekenhuizen geldt dat er ten minste één gunstiger gelegen alternatief ziekenhuis is voor één van de ziekenhuizen. Elk van deze alternatieven ligt buiten het verzorgingsgebied van de fusieziekenhuizen. Op basis hiervan is geconcludeerd dat de geografische markt in ieder geval niet slechts het gezamenlijke verzorgingsgebied omvat.

Het ziekenhuis in Den Helder is voor de meeste inwoners van het verzorgingsgebied van MCA niet het belangrijkste alternatief. Rondom Alkmaar zijn diverse ziekenhuizen – zoals het Rode Kruis Ziekenhuis in Beverwijk, het Zaans Medisch Centrum in Zaandam en het Waterlandziekenhuis in Purmerend – die sneller bereikbaar zijn en daardoor potentieel meer concurrentiedruk uitoefenen. Vanuit het perspectief van de cliënten van het Geminiziekenhuis bestaat er één alternatief op vergelijkbare reisafstand als het MCA, namelijk het Westfriesgasthuis in Hoorn. Naast de concurrentiekracht van het Westfriesgasthuis, is een belangrijke reden om de fusie goed te keuren gelegen in het feit dat het gefuseerde ziekenhuis naar het oordeel van de NMa slechts in zeer beperkte mate een prikkel heeft de kwaliteit van het aanbod van het Gemini te verminderen. Een dergelijke strategie zou immers leiden tot een toestroom van patiënten naar het MCA en zou vanwege capaciteitsbeperkingen aldaar kunnen leiden tot wachtlijsten of tot het anderszins onder druk komen te staan van de prijs-kwaliteitverhouding. Gezien de concurrentiedruk op het MCA door diverse ziekenhuizen vanuit het zuidelijke deel van Noord-Holland, is een dergelijke situatie, bekeken vanuit de beoogde fusieonderneming, niet wenselijk. Dit maakt het aannemelijk dat de prikkel van de gefuseerde onderneming om het voorzieningenniveau in het Gemini significant te beperken wordt begrensd door overwegingen van optimale prijs/kwaliteitverhoudingen en capaciteitsbenutting van de voorzieningen in de ziekenhuislocatie in Alkmaar in het licht van de concurrentie aldaar.

Er is dan ook, met het oog op het beperkte gevolg, geoordeeld dat het niet aannemelijk is dat het fusievoornemen leidt tot een verslechtering van de situatie voor patiënten.

St.-Lucas Ziekenhuis Winschoten – Delfzicht Ziekenhuis Delfzijl (zaak 6284; 29-04-2008)

Ook in deze zaak is een reistijdenanalyse uitgevoerd. In aanvulling op eerdere zaken is niet alleen gekeken naar de reistijd per auto, maar ook naar de reistijd per openbaar vervoer. De reistijdenanalyse laat zien dat slechts voor de inwoners van een drietal gemeenten geldt dat de ziekenhuizen van de fusiepartners de meest nabije alternatieven zijn. Voor deze gemeenten geldt bovendien dat binnen een relatief korte extra reistijd een alternatief voor handen is. Voorts geldt dat de bedden capaciteit van de beide ziekenhuizen in verhouding tot die van de andere ziekenhuizen in de omgeving gering is. Vandaar dat in de eerste fase de fusie is goedgekeurd.

Terugkijkend op deze beslissingen valt een aantal zaken op die in Tabel 1 zijn samengevat. In het begin heeft de NMa veel aandacht aan productmarktafbakening besteed, maar dat heeft niet tot gevolg gehad dat er specifieke productmarkten voor specialismen zijn afgebakend. De NMa heeft echter nadrukkelijk deze optie wel open gelaten, voor het geval het bijvoorbeeld een fusie betreft waarbij een meer gespecialiseerd ziekenhuis betrokken is. Er is wel een onderscheid gemaakt tussen klinische en niet-klinische zorg.

Verder is er een duidelijke trend waar te nemen in de methoden die gebruikt worden om de geografische markt te bepalen. Waar eerst vooral een EH-test werd gedaan, wordt door de NMa in een toenemend aantal gevallen daarnaast gebruik gemaakt een reistijdenanalyse. In een enkel geval wordt dit gecombineerd met enquêtes onder de patiënten om te bezien in hoeverre patiënten hun reisgedrag aanpassen bij een verandering in de prijs/kwaliteit verhouding. Tot voor kort waren er geen ziekenhuizaken

bij de NMa waar *remedies* een rol speelden.⁶ Het recente besluit inzake de Zeeuwse ziekenhuizen heeft hier verandering in gebracht.

In de besluiten wordt duidelijk getracht (hoe moeilijk dat ook is vanwege gebrek aan relevante gevens) rekening te houden met het feit dat de zorgsector in beweging is. Wat daarbij voorop staat, is het idee dat concurrentie in de zorg zich aan het ontwikkelen is. Enerzijds kan dat impliceren dat te kleinschalige ziekenhuizen moeilijk kunnen concurreren en daarom willen fuseren. Anderzijds moet een mededingingsautoriteit alert reageren op pogingen om via concentratie de concurrentie dusdanig uit te schakelen dat er een machtspositie op de relevante markt ontstaat. Aldus kan de concurrentie al uitgeschakeld zijn alvorens deze zich ontwikkeld heeft. Het instrumentarium dat de NMa ter beschikking heeft om dit soort dynamische overwegingen mee te nemen in haar besluiten is beperkt. Alleen die concentraties die in een duidelijke machtspositie op de relevante markt resulteren, kunnen verboden worden. Het probleem daarbij is dat in een zich ontwikkelende markt, de relevante markt van vandaag waarschijnlijk niet de relevante markt van morgen is. Toch geeft het besluit in de Zeeuwse ziekenhuiszaak aan dat op dit punt het besluitvormingsproces verder evolueert. Zo zijn voor het eerst in een ziekenhuisconcentratiezaak voorwaarden verbonden aan de voorgenomen fusie die ertoe moeten leiden dat de toetreding niet wordt belemmerd, de prijzen voor sommige verrichtingen niet onevenredig worden verhoogd en de basiszorg wordt gegarandeerd.

3. Buitenlandse ervaringen⁷

Voordat we de kritieken bespreken is het goed de NMa-praktijk op het gebied van fusies in de gezondheidszorg te vergelijken met de aanpak in het buitenland. We beperken ons hier tot een korte vergelijking met de Verenigde Staten en een aantal opmerkingen over Duitsland.

In de VS komt het veel voor dat de ziektekostenverzekeraars behandeling in een specifiek ziekenhuis voorschrijven. Veel verzekerden in de VS zullen hun verzekeringspakket daarom zo willen samenstellen dat een ziekenhuis dat dichtbij ligt onderdeel van het verzekeringspakket uitmaakt. Juist door deze praktijk heeft de FTC in de VS veel kritiek op bestaande methoden voor het afbakenen van de markt (waaronder EH). Dat levert dan vaak een ruimere definitie van de geografische markt op dan gelet op het feitelijke keuzegedrag van niet-reizende patiënten gerechtvaardigd is, aldus de FTC. De FTC definieert daarom de geografische markt vaak eng. Deze FTC-kritiek op bestaande marktafbakeningsmethoden is evenwel niet bij voorbaat van toepassing in de Nederlandse context, omdat patiënten hier meer vrijheid van ziekenhuis-

keuze hebben en omdat een als eng gedefinieerde geografische markt in de VS gelet op het verschil in reisaftstanden niet direct vergelijkbaar is met die in ons land.

Een tweede aspect is dat de enge definitie van de geografische markt die de FTC hanteert vrijwel nooit door de rechter gevolgd wordt. Opvallend is dat rechtbanken de uitkomsten van een EH-test aangevoerd door de fuserende ziekenhuizen vaak wel als onderbouwing van de omvang van de relevante markt blijken te accepteren. Daar is verandering in gekomen na een ex-post evaluatie van de aankoop van het Highland Park Hospital door de Evanston Northwestern Healthcare Corporation (de ENH case). De rechtbank heeft in deze zaak een beroep van de FTC gegrond verklaard, gelet op de aantoonbare prijsstijgingen na de fusie. De enge geografische marktafbakening is door de rechtbank in tweede instantie geaccepteerd (zie FTC 2007).

Een derde aspect dat niet uit het oog moet worden verloren is dat van de negenhonderd ziekenhuisfusies in de jaren negentig in de VS er slechts elf door de FTC naar de rechtbank zijn gebracht, en alle elf zijn verloren.⁸ Alleen de ex-post evaluatie in geval van de EHN case wist de FTC bij de rechtbank te winnen. Een overzichtstudie van Vogt en Town (2006) geeft aan dat veel van de fusies in de VS tot prijsstijgingen van zowel de fuserende als de omringende ziekenhuizen hebben geleid. Met andere woorden niet alleen de fuserende ziekenhuizen 'profiteren' van de fusie, ook de concurrentie doet dat.

In Duitsland heeft het *BundesKartellamt* (BKA) ruim honderd fusies tussen ziekenhuizen beoordeeld. In Duitsland wordt de geografische markt veel enger afgebakend dan in ons land, waarbij men alleen let op patiëntenstromen tussen de fuserende ziekenhuizen. Deze patiëntenstromen zijn vanzelfsprekend beperkter dan wanneer ook andere ziekenhuizen in de omgeving worden meegewogen. Vanwege de engere marktdefinitie wordt sneller geoordeeld dat een fusie de mededinging belemmert. Sinds 2005 werden van de negen fusieverzoeken er vier door het BKA verboden.⁹ Varkevisser en Schut (2008a) concluderen hieruit dat het BKA liever een fusie onterecht verbiedt (type I fout), dan een fusie onterecht toestaat (type II fout).

4. Commentaar op de NMa-beslissingen

De NMa-besluiten in de in sectie 2 besproken fusiezaken zijn niet onbesproken gebleven. Integendeel! In verschillende columns en artikelen zijn de besluiten kritisch

6. Dat in tegenstelling tot bijvoorbeeld fusies in de ouderenzorg, waar dit al meerdere malen aan de orde is geweest. Zo hebben de meldende partijen bij de fusie tussen Evian, Philadelphia en Woonzorg Nederland een aantal verzorgings- en verpleeghuizen verkocht aan derden om de mededingingsproblemen die door de NMa waren gesignaleerd weg te nemen.

7. Deze sectie is voor een deel gebaseerd op Varkevisser en Schut (2008a).

8. Zie voor overzicht Gaynor and Vogt (2000). Opgemerkt moet worden dat de FTC bij voorziene mededingingsproblemen geen mogelijkheid heeft om een fusie te verbieden zoals in Nederland, maar direct naar de rechter moet. Dat verklaart het relatief geringe aantal rechtszaken.

9. Eén besluit is door de minister van EZ overruled en één zaak loopt nog bij de rechter. Eén fusie is alleen geaccepteerd met forse remedies.

geëvalueerd.¹⁰ Ook vanuit de Tweede Kamer is kritiek geleverd, waarbij vooral zorgen worden geuit over de grootte van zorgconcerns en de vraag of de ‘menselijke maat’ na een fusie niet ver te zoeken is.¹¹ In deze sectie zullen we het commentaar inhoudelijk de revue laten passeren. Onze reactie op het commentaar komt in de volgende sectie.

De NMa bakent de relevante markten niet goed af

Afbakening van de relevante markt is voor alle fusiezaken een belangrijke eerste stap. Als de relevante markt niet goed wordt afgebakend, dan kan een verkeerd beeld ontstaan van de concurrentieverhoudingen na een fusie en kan een verkeerde beoordeling het gevolg zijn. Zeker met betrekking tot de Gooise ziekenhuiszaak is er veel commentaar gekomen dat de NMa niet voor de juiste markt-afbakening heeft gekozen. Dat hierover discussie mogelijk is, blijkt ook uit het feit dat de NMa zelf in haar besluit aangeeft dat verschillende methoden van marktafbakening tot verschillende conclusies leiden (zie paragraaf 2). Het eindoordeel van de NMa is daarbij vooral ingegeven door anticipatie op toekomstige ontwikkelingen in de zorgmarkt, die gemakkelijk gefrustreerd zouden kunnen worden bij een te enge marktdefinitie. Varkevisser en Schut (2008) geven aan dat de NMa de resultaten op basis van gegevens over gebleken voorkeuren zwaarder had moeten laten wegen dan de resultaten op basis van keuzegedrag in hypothetische situaties en aldus tot de conclusie had moeten komen dat de relevante markt niet groter is dan het Gooi. Zij zetten ook vraagtekens bij de stelling van de NMa in haar besluit dat vanwege de verwachte toename in transparantie ten aanzien van kwaliteit van de geleverde zorg het in de rede ligt dat consumenten in de toekomst meer bereid zouden zijn om te reizen indien de kwaliteit in de Gooise ziekenhuizen zou verslechteren. Zij stellen dat dit verband niet is aangetoond (omdat het over toekomstig reisgedrag gaat) en dus speculatief is.

Wanneer is er nog voldoende concurrentiedruk van andere ziekenhuizen?

In hun commentaar op het besluit aangaande de fusie tussen het MC Alkmaar en het Geminiziekenhuis stellen Varkevisser en Schut (2008) dat als de relevante markt afgebakend moet worden als de kop van Noord-Holland, er na de fusie slechts één concurrent van het fusieziekenhuis overblijft, namelijk het Westfriesgasthuis. Het fusierende ziekenhuis zou een marktaandeel van zo’n 70 procent krijgen, wat in andere markten vrijwel automatisch tot een verbod – of in ieder geval tot het opleggen van *remedies* – zou leiden. Het bevreemdt Varkevisser en Schut (2008) dat de NMa in het geheel niet de marktaandelen heeft bestudeerd en louter en alleen opmerkt dat ‘vanwege de aanwezigheid van ten minste één alternatief een exacte afbakening achterwege kan blijven.’ (p.198).

Dit terwijl het juist (door Abraham e.a. (2007)) in ziekenhuismarkten aangetoond is dat fusies die resulteren in een monopolie of duopolie tot aanzienlijke nadelen voor de consument leiden.

In zijn reactie komt Keuzenkamp (2008) de NMa ‘te hulp’. Als lid van de raad van bestuur van het Westfriesgasthuis heeft hij de fusieplannen met meer dan gemiddelde belangstelling gade geslagen en heeft hij daar geen bezwaar tegen aangetekend.¹² Marktaandelen moeten wat hem betreft niet te rigide geïnterpreteerd worden, want er is wel degelijk veel dynamiek en dreiging van latente concurrentie door toetreding op deelgebieden van de zorg, die ziekenhuizen alert houdt.

De NMa is te bang voor een gang naar de rechter

De column van Canoy (2008) in *Markt en Mededinging* levert, bij nadere bestudering, vooral als kritiek dat de NMa te voorzichtig is. Natuurlijk is het zo dat vanwege gebrekkige informatie de afbakening van de markt problematisch is, stelt hij. Maar in zo’n geval zou je eigenlijk altijd voor de nauwere marktdefinitie moeten kiezen. Dit leidt er *grosso modo* toe dat de fusiepartners grotere marktaandelen hebben dan het geval zou zijn bij een geografisch ruimere marktafbakening en fusies daarom eerder verboden zouden kunnen worden. De NMa moet, in geval van twijfel, niet bang zijn een fusie te verbieden en te riskeren dat de partijen die willen fuseren naar de rechter stappen.¹³

Verticale fusies verbieden?

Schippers en Van Wijnbergen (2009) zien in het feit dat een zorgverzekeraar, een ziekenhuis en verscheidene regionale zorgverleners een coöperatie vormen aanleiding om aandacht te vragen voor het verschijnsel van samenwerking tussen zorgpartijen die niet dezelfde diensten aanbieden. Zij zien louter negatieve punten van een dergelijke coöperatie. Belangrijkste argument is dat de verzekeraar het tegen een goede prijs inkopen van goede zorg als belangrijkste taak in het nieuwe zorgstelsel heeft gekregen en dat deze taak alleen goed uitgevoerd kan worden als de verzekeraar een onafhankelijke positie ten opzichte van zorgaanbieders inneemt. Door een coöperatie aan te gaan is die onafhankelijkheid niet meer aanwezig. Integendeel, de zorgverzekeraar heeft er dan juist belang bij zorg in te kopen bij de zorgaanbieders met wie zij een coöperatie vormt. Dit is vooral problematisch, zo stellen zij, nu de ‘verzekeringsmarkt is ontaard in vier grote regionale monopolies’.

Zij stellen dat de NMa en de NZa hun taak ‘opzichtig slecht uitvoeren’, maar het wordt niet geheel duidelijk waar dat nu precies op slaat. Hun voornaamste commentaar lijkt te liggen in het feit dat bij de beoordeling van het samengaan van ziektekostenverzekeraars de NMa, volgens de auteurs, een landelijke verzekeringsmarkt lijkt te

10. Het gaat daarbij tenminste om de volgende recente commentatoren (in alfabetische volgorde): Barbara Baarsma (2008), Marcel Canoy (2008), Edith Schippers en Sweder van Wijnbergen (2009), Erik Schut en Marco Varkevisser (2008) en een reactie van Keuzenkamp (2008).

11. Zie bijvoorbeeld de reactie van Jan de Vries (CDA) op <<http://devries.cda.nl/vws+en+zorg.aspx?ctl=Details&mid=38351&itmID=8345&language=nl-NL>>.

12. Aangezien de concurrentie vaak profiteert van een fusie, is dit ook niet zo verwonderlijk.

13. Canoy gaat nog een stap verder door te stellen dat bij markten in transitie, zoals de zorg, de bewijslast maar omgedraaid moet worden en de bedrijven moeten aantonen dat een fusie goed is voor het maatschappelijk belang. Dit is strikt genomen natuurlijk geen kritiek op de NMa, die de Mededingingswet uitvoert en niet de inhoud van die wet bepaalt.

definiëren, terwijl de auteurs denken dat er sprake is van regionale verzekeringsmarkten waar regionale monopolies ontstaan.¹⁴

Op zich staat deze kritiek los van het onderwerp van dit artikel, namelijk fusies van ziekenhuizen. Echter, indien het zo is dat we steeds meer van dit soort verticale fusies aantreffen waar ziekenhuizen (of grotere zorgaanbieders) en ook zorgverzekeraars aan deelnemen, komt de kritiek wel dicht bij de kern van dit artikel.

De beoordeling van verticale of conglomeraatfusies is ook een belangrijk onderdeel van het artikel van Baarsma (2008).¹⁵ Zij stelt vragen bij de noodzaak van fusies: is de schaal van ziekenhuizen soms nu niet al te groot en is de minimaal efficiënte schaal niet al lang bereikt? Zij ziet dat conglomeraatfusies tussen ziekenhuizen, verpleeghuizen en andere vormen van zorgaanbieders zoals thuiszorg zich in de toekomst veel vaker zullen voordoen. De NMa is onvoldoende toegerust om dat soort fusies tegen te houden, vooral ook omdat ieder van deze instellingen op een andere relevante markt actief is. Gegeven de afwezigheid van schaalvoordelen en de gebrekkige mogelijkheden om fusies adequaat te beoordelen, roept Baarsma de vraag op of fusies in de zorgsector niet bij voorbaat verboden zouden moeten worden, tenzij de markt een bepaalde mate van concurrentie kent.

5. Replik

50

In deze sectie zullen we onze visie op de kritiekpunten geven. Hierbij wijken we iets af van de volgorde waarin de kritiek in de vorige sectie besproken is, omdat we eerst duidelijk willen maken wat de NMa wel en niet doet.

NMa toetst niet of een fusie wenselijk is

Sommige commentatoren brengen naar voren dat veel fusies mislukken en niet de gewenste voordelen opleveren die beloofd worden¹⁶. Gedoeld wordt hierbij vooral op het feit dat fusies in de zorg (maar ook in andere sectoren) geen schaalvoordelen op zouden leveren en soms wellicht zelfs tot inefficiënties lijken te leiden. De NMa zou daarom meer fusies moeten verbieden.

De Mededingingswet biedt de NMa maar in beperkte mate aangrijpingspunten om mogelijk te ontstane inefficiënties in haar beoordeling mee te nemen. Op basis van de Mededingingswet kan een fusie alleen verboden wor-

den indien de mededinging significant wordt belemmerd. Indien dit niet het geval is, komt de vraag of een fusie wel positieve effecten heeft, helemaal niet aan de orde. Efficiëntieoverwegingen kunnen bij de afweging pas aan de orde komen wanneer er een mededingingsprobleem is. In die gevallen waarin de fuserende partijen aan kunnen tonen dat een machtspositie gepaard kan gaan met een efficiëntie die ten goede komt aan de patiënten, kan de NMa overwegen een fusie onder duidelijke voorwaarden toch goed te keuren. Dat is bij ziekenhuisfusies tot dusverre een keer gebeurd. Een verbod mogelijk maken in situaties zonder mededingingsprobleem, vraagt om een aanpassing in de Mededingingswet.

De natuurlijke vraag is dan of het wenselijk is dat er een ander toetsingskader komt waarbij mogelijke effecten van fusies die verder gaan dan mededingingsrechtelijke kwesties worden gewogen. Hoewel het niet aan de NMa is om hierover te oordelen, willen wij toch een tweetal opmerkingen maken. In de eerste plaats is het in onze economische ordening zo dat we uitgaan van soevereiniteit van ondernemers en consumenten. De aanname daarbij is dat er voldoende intern toezicht (vanuit aandeelhouders of vanuit een raad van toezicht) is om een voorgestelde fusie voor de betreffende ondernemingen goed te kunnen beoordelen. Hoewel er in de huidige economische situatie wordt gesproken over een verscherping van extern toezicht, was daar tot voor kort weinig animo voor. Een voorstel om dat te amenderen moet goed worden gewogen omdat het een toezichthouder op de stoel van de ondernemer plaatst. Het is de vraag of een toezichthouder op de lange termijn een beter oordeel over dit soort effecten heeft dan een ondernemer. Ten tweede, een externe beoordelingsinstantie beschikt niet over de informatie en is bovendien niet goed toegerust om een afweging te maken die in essentie de kern van de onderneming raakt. Mocht onderzoek uitwijzen dat er in de zorgsector meer inefficiënte fusies plaatsvinden dan in andere sectoren, dan valt in eerste instantie een aanscherping van de rol van de raden van toezicht in de zorgsector te overwegen.¹⁷ Pas daarna zal er goed over nagedacht moeten worden op welke wijze het toezicht door onafhankelijke toezichthouders daarbij een rol kan spelen.

Nog geen verbod door de NMa

Een tweede misverstand dat we uit de weg zouden willen werken is dat uit het 'feit'¹⁸ dat nog geen enkele ziekenhuisfusie verboden is, geconcludeerd moet worden dat de NMa in de zorgsector slap zou optreden. Ook hier willen we twee opmerkingen maken. In de eerste plaats is het doel van het concentratietoezicht niet om fusies te verbieden. Sterker nog: goed en transparant toezicht zou ertoe kunnen (moeten?) leiden dat geen enkele fusie meer verboden hoeft te worden, omdat ondernemingen zelf de inschatting kunnen maken welke fusie wel en welke niet toelaatbaar is (zie ook Ligthart e.a. (2005)).

14. Wij merken op dat de NMa de geografische marktafbakening van zorgverzekeraars tot nu toe in het midden heeft gelaten en dat de NMa in haar besluiten rekening houdt met mogelijke provinciale markten. Voor de provincies Noord-Holland, Zuid-Holland en Utrecht is geconcludeerd dat kan worden uitgegaan van één geografisch gebied waarvoor de landelijke verhoudingen maatgevend zijn (zie het besluit van 9 oktober 2006 in zaak 5154/VGZ – IZA – Trias – Univé).

15. Een ander belangrijk onderdeel gaat over het al dan niet hebben van een winsttoegmerk. In dit artikel willen we ons echter niet over de vraag buigen of verschillende doelstellingen (*for profit* of *not for profit*) tot andere overwegingen moeten leiden bij het beoordelen van fusies. TILEC (2007) vraagt ook specifieke aandacht voor het *not for profit* karakter van zorginstellingen.

16. Zie onder andere het artikel van Baarsma (2008) en de referenties die zij opneemt.

17. Om deze redenen zijn wij niet voor een omdraaiing van de bewijslast, zoals Canoy (2008) voorstelt.

18. Of dit echt een feit is hangt af van hoe de eerste Zeeuwse ziekenhuiszaak wordt geteld, omdat de aanvraag op de dag van het besluit werd ingetrokken.

Ten tweede, een vergelijking tussen besluiten ten aanzien van fusieaanvragen in de zorgsector en andere sectoren levert het beeld op dat *juist in de zorgsector* een relatief groot aantal concentraties niet of gewijzigd tot stand komt vanwege een interventie door de NMa. Het gaat daarbij evenwel vaak om fusies tussen andere zorginstellingen dan ziekenhuizen. Zo zijn er diverse voorbeelden van zaken waar de NMa in de eerste fase concludeerde dat er mogelijk negatieve mededingingseffecten zouden kunnen ontstaan, en waar de betrokken ondernemingen ervoor gekozen hebben om de benodigde vergunning niet aan te vragen.¹⁹ Deze fusies zijn dus nooit tot stand gekomen. Ook is er een aantal zaken geweest waar de meldende partijen de vergunningsaanvraag ver in de procedure – nadat de NMa haar bezwaren kenbaar had gemaakt – hebben ingetrokken.²⁰ Tot slot heeft de NMa in meerdere gevallen voorwaarden aan fusies in de zorg verbonden die ertoe hebben geleid dat de mededingingsproblemen werden weggenomen.²¹

De NMa bakent de relevante markten niet goed af

Met name over de geografische marktafbakening is veel discussie. Dat is ook niet verwonderlijk. In een complexe sector als de zorgsector, waarbij tevens geldt dat deze in een transitie is naar meer marktwerking, is het niet direct duidelijk welke technieken het beste bruikbaar zijn (zie ook Mikkers, Kerstholt en Halbersma (2009)). Canoy (2008) stelt dat de NMa in zo'n geval altijd voor de nauwere marktdefinitie moet kiezen, zoals in Duitsland in feite gebeurt, en ook door FTC in de VS wordt bepleit. Een kleinere marktdefinitie heeft echter ook een aantal bezwaren. Een te nauwe marktdefinitie kan er toe leiden dat veel ziekenhuizen helemaal niet meer als concurrerend worden gezien, met als gevolg dat een fusie goedgekeurd moet worden. Zo zou dit bij de Zeeuwse ziekenhuizen betekenen dat zij op verschillende markten actief zijn en dat er daarom dus geen direct effect te verwachten is van deze fusie.²² Bovendien is fusietoetsing *prospectief* toezicht. Er dient getoetst te worden of er in de (nabije) toekomst mogelijke negatieve mededingingseffecten kunnen optreden. In het geval van de Zeeuwse ziekenhuizen betekent dit dat zij in een dergelijke tijdsperiode waarschijnlijk meer met elkaar concurreren dan nu het geval is. In het geval van de Gooise ziekenhuizen betekent dit juist dat er meer alternatieven voor de fusierende ziekenhuizen in beeld komen. De NMa moet in haar beoordeling met verwachte veranderingen rekening houden. Er zijn verschillende methodes ontwikkeld die kunnen helpen bij de geografische marktafbakening. We noemden

al de methode zoals toegepast in Duitsland. NMa en NZa hebben in 2006 gezamenlijk opdracht gegeven de relevantie van de verschillende methodes voor de Nederlandse situatie te onderzoeken (zie Gaynor en Vogt (2007), Varkevisser e.a. (2008) en Dranove en Sfekas (2007)). Het blijkt dat de economische zuiverheid van deze methodes vaak groter is dan van enkele methodes die de NMa nu toepast, zoals de EH-test en enquêtes. Aan de andere kant zijn deze methodes (nog) kwetsbaar en hebben ze ook hun eigen beperkingen (Knibbeler e.a. (2008)). De meeste van deze methodes (ook in het buitenland) zijn nog nooit toegepast op concrete zaken. Voorts geldt dat de methoden niet altijd goed toepasbaar zijn in de Nederlandse zorgmarkt en dat informatie over bijvoorbeeld kwaliteit op dit moment onvoldoende beschikbaar is. Vanwege de beperkingen van de diverse methoden, is de NMa er een voorstander van om op verschillende manieren de relevante markt in kaart te brengen om aldus een afgewogen oordeel over de mededingingsaspecten te maken.

Wanneer is er nog voldoende concurrentiedruk van andere ziekenhuizen?

Vindt de NMa dat één overblijvend concurrerend ziekenhuis in de relevante geografische markt voldoende is om een fusie goed te keuren? Varkevisser en Schut (2008) baseren deze conclusie op de zaak *MCA-Gemini*. De NMa is natuurlijk niet deze mening toegedaan. De *MCA-Gemini*-zaak moet in de juiste context worden gezien. Varkevisser en Schut (2008) houden in hun kritiek ten onrechte geen rekening met de concurrentiedruk vanuit de zuidelijke kant van de geografische markt, wat – zoals wij in sectie 2 hebben besproken – een cruciaal aspect in de beoordeling is geweest. Daarnaast is het MCA vele malen groter dan het Gemini. Het is dan niet zo dat de NMa in de zorgsector andere criteria zou hanteren dan in andere sectoren bij het beoordelen van de restconcurrentie.

Bang voor de rechter?

Er is op zich niks tegen om in sommige zaken een uitspraak van een rechterlijke instantie uit te lokken om meer duidelijkheid over het kunnen volgen van een bepaalde lijn te verkrijgen. De gang naar de rechter mag echter geen doel op zich zijn. Een beroepszaak tegen een fusiebesluit wordt of aangespannen door de fusierende partijen (in geval van een verbod), of door zich benadeeld voelende derde partijen (in geval van een goedkeuring). Ieder besluit (goedkeuring of verbod) kan aangevochten worden. Tot op heden is dat niet gebeurd en dat geeft aan dat geen relevante partij zich benadeeld voelt door de NMa. In dit licht is het onzinnig dat de NMa een beslissing zou nemen uitsluitend om de rechtelijke macht (tegen beter weten in) in actie te brengen. Dat draagt een groot gevaar in zich van een *détournement de pouvoir* door de NMa. Het streven blijft om zo zuiver mogelijk besluiten te nemen die recht doen aan de Mededingingswet.

Fusies tussen verzekeraars en ziekenhuizen verbieden?

Schippers en Van Wijnbergen (2009) signaleren louter nadelen van fusies tussen verzekeraars en ziekenhuizen. Schut e.a. (2009) daarentegen geven in dezelfde editie van

19. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om de zaken 5574, *Amstelring – Amsteland*, 5082, *Zorggroep West- en Midden-Brabant – Amarant* en 4198, *Proteion – Thuiszorg Midden Limburg – Land van Gelre en Gulick*. Deze fusies zijn dus nooit tot stand gekomen.
20. Naast de eerste Zeeuwse ziekenhuiszaak betreft dit de zaken 4212/, *De Basis – Thuiszorg Gooi en Vechtstreek – Vivium* en 4988, *Oosterlengte – Thuiszorg Groningen/Sensire*.
21. Naast de tweede Zeeuwse ziekenhuiszaak, betreft het bijvoorbeeld de zaken 4295, *Icare – Sensire – Thuiszorg Groningen*, 4245, *Vizier – De Wendel*, 6141, *Evean – Philadelphia – Woonzorg Nederland* en 6169, *Amsterdam Thuiszorg – Cordaan*.
22. Immers, twee bedrijven zouden dan fuseren die ieder monopolist in hun eigen markt zijn.

NRC Handelsblad aan dat een algeheel verbod op fusies van ziekenhuizen en zorgverzekeraars niet verstandig is. Verticale integratie heeft namelijk soms grote voordelen – die voortkomen uit een vermindering van belangtengestellingen, informatiever schillen en onderhandelings- en coördinatiekosten – die in het geval van een wettelijk verbod niet langer kunnen worden gerealiseerd. In de Verenigde Staten blijken Health Maintenance Organizations (HMO's), waarin de functies van verzekeraar en zorgaanbieder geïntegreerd zijn, zowel goed te zijn voor de gezondheid als voor de portemonnee van de burger. Schippers en Van Wijnbergen (2009) suggereren voorts dat er een fusievoornemen tussen een verzekeraar en een ziekenhuis bij de NMa officieel is gemeld. Dit is niet het geval. Bij een eventuele melding zal de NMa moeten bezien in hoeverre de mededinging significant wordt belemmerd. Het gaat in een dergelijke situatie niet om een horizontale fusie (concentratie tussen aanbieders die actief zijn op dezelfde markt), maar om iets wat meer op een verticale fusie lijkt. Bij beoordelingen van dergelijke fusies speelt *foreclosure* een belangrijke rol. Onderzocht moet worden in hoeverre het mogelijk is om een sterke positie op de ene markt op de andere markt te gebruiken: is het mogelijk om door middel van een sterke positie op de verzekeringsmarkt verzekerden naar het 'eigen' ziekenhuis te sturen, zodat andere ziekenhuizen buitengesloten worden? Het is te prematuur om hier nu verder op in te gaan omdat de NMa in het geheel nog geen verzoek heeft ontvangen, maar Schippers en Van Wijnbergen kunnen er gerust op zijn dat de NMa een eventueel verzoek serieus zal onderzoeken en dat de overwegingen (zoals de marktmacht van de verzekeraar) die zij genoemd hebben daarbij een rol spelen.

6. Conclusie

De zorgsector is maatschappelijk gezien een zeer belangrijke sector. De sector is bovendien aan grote veranderingen onderhevig. Waarschijnlijk is het zo dat ziekenhuizen in de toekomst in grotere mate dan nu het geval is voor een groot aantal verrichtingen en diensten zelf vrij zijn om prijzen vast te stellen. Indien er op dat moment sprake is van marktmacht, dan zijn de ziekenhuizen in staat hoge prijzen te vragen. Het is met dit oog dat de NMa oplettend in de zorgsector actief is en zeker ook fusies van ziekenhuizen zorgvuldig beoordeelt. Natuurlijk is de NMa er altijd op gericht haar onderzoeken verder te verfijnen. Daarom is de NMa ook erg geïnteresseerd in inhoudelijke oordelen van deskundigen.

Uit onderzoek blijkt dat feitelijk veel concentraties niet de gewenste schaalvoordelen opleveren. Dat zal waarschijnlijk ook in de gezondheidszorg gelden. De wetgever heeft de NMa echter niet de taak gegeven om fusies op hun maatschappelijke waarde te beoordelen. De NMa beoordeelt concentraties op het mogelijke effect dat het nieuw te vormen bedrijf op de mededinging kan hebben. Dit betekent in de praktijk dat de NMa geen fusie kan verbieden omdat deze tot inefficiënties in het productiepro-

ces zou leiden. Efficiëntieoverwegingen worden alleen in de beschouwing betrokken indien een voorgenomen fusie tot een significante belemmering van de mededinging leidt, en in dat geval wordt vooral beoordeeld of patiënten ook profiteren van eventuele schaalvoordelen.

Om in geval van fusies tussen ziekenhuizen een oordeel te vormen wordt eerst de relevante geografische markt waarop de fuserende ziekenhuizen opereren gedefinieerd. De daarbij gehanteerde EH-test bepaalt tegenwoordig nooit alleen de uitkomst van de analyse. Verwachtingen over verdere liberalisering van de gezondheidsmarkt en de te voorziene effecten daarvan spelen ook een belangrijke rol. In een aantal zaken heeft de NMa gekozen voor een aanpak die niet uitsluit dat er in de toekomst meer concurrentie kan ontstaan. Dat kan men interpreteren als een poging om fouten van het type I (fusies onterecht verbieden) te vermijden. Men kan het ook zien in het licht van het feit dat de NMa uitgaat van een economisch gedreven ontwikkeling die niet gefrustreerd moet worden door een mechanische interpretatie van bepaalde indicatoren.

In een dergelijke context willen we liever geen type I fouten maken. Dit is des te meer van belang in een complexe markt als de gezondheidsmarkt waar concurrentie tussen verzekeraars onderling en ziekenhuizen onderling net op gang begint te komen en de vraagkant van de markt een resultante is van de communicatie over en weer tussen patiënten, verzekeraars en verwijzende artsen. Aan de andere kant is het ook helder dat er voldoende concurrentie over moet blijven in een zich ontwikkelende markt. Het is het evenwicht tussen de diverse markten, de diverse belangen en de diverse ontwikkelingen in de sector waar naar de NMa zoekt. Het zal helder zijn dat er op enig moment een limiet is aan concentraties in de gezondheidszorg in het algemeen en aan fusies tussen ziekenhuizen in het bijzonder. In geval een fusie de concurrentie beperkt, kan een concentratie alleen worden goedgekeurd indien er dusdanig grote efficiëntievoordelen (ook te meten in vorm van verbeterde (basis)kwaliteit) te behalen zijn dat deze de negatieve concurrentie-effecten te niet doen op een wijze dat ook patiënten naar verwachting over de gehele linie geen nadelige consequenties van de fusie ondervinden. Om dit te garanderen kan het nodig zijn duidelijke voorwaarden (zoals maximumtarieven, en het faciliteren van eventuele toetreding van concurrenten) aan een goedkeuring te verbinden. ■

Literatuurlijst

- J.M. Abraham, M. Gaynor en W.B. Vogt, 'Entry and competition in local hospital markets', *Journal of Industrial Economics* 2007-55(2), p. 265-288.
- B. Baarsma, 'Fusietoets op Not for profits', *TPEdigi-taal* 2008-2(4), p. 49-70.
- M. Canoy, 'Zorgfusies: gekker moet het niet worden', *M&M* 2008-6, p. 191-192.
- D. Dranove en A. Sfekas, *Towards a method for defining health care market areas in the Netherlands: lessons from New York State*, NZa/NMa, Utrecht/Den Haag 2007.

- FTC, *In the matter of Evanston Northwestern Healthcare Corporation: opinion of the Commission*, The Federal Trade Commission, Docket No.9315, Washington D.C. 2007.
- M. Gaynor en W.B. Vogt, 'Antitrust and competition in health care markets', in: A.J. Cuyler and J.P. Newhouse (eds.), *Handbook of Health Economics*, volume I, Amsterdam: Elsevier Science 2000, p. 1405-1487.
- M. Gaynor en W.B. Vogt, *Market definition methodology in the hospital and long term care industries in the Netherlands*, NZa/NMa, Utrecht/Den Haag 2007.
- H. Keuzenkamp, 'Reactie op: NMa moet strenger zijn bij toetsen ziekenhuis', *ESB* 2008 jaargang 93, nr. 4533, p. 252.
- W. Knibbeler, P.J. Kreijger, Th. van Dijk en J. Rosenstok, *Geografische marktafbakening van ziekenhuismarkten*, Advies ten behoeve van de Nederlandse Zorgautoriteit, 2008.
- W.J.N. Ligthart, A.E.H. Huygen en B. Vlemminx, 'Onderzoek naar anticipatie op concentratiecontrole', Twijnstra Gudde, NMa, Den Haag 2005.
- M. Mikkers, W. Kerstholt en R. Halbersma, 'Marktafbakening en marktmacht in de zorgsector', *M&M* 2009, p. 74.
- NMa, *Concurrentie in de ziekenhuissector*, visiedocument NMa, Den Haag 2004.
- E. Schut, M. Varkevisser en W. van de Ven, 'In VS blijken fusies succes voor patiënten', *NRC Handelsblad* 2 februari 2009.
- E. Schippers en S. van Wijnbergen, 'Verzekeraars horen niet in ziekenhuizen', *NRC Handelsblad* 2 februari 2009.
- TILEC, *Fusiecontrole in de gehandicaptenzorg*, TILEC-report 2007-002.
- M. Varkevisser, C.S. Capps en F.T. Schut, 'Defining hospital markets for antitrust enforcement: new approaches and their applicability to the Netherlands', *Health Economics, Policy and Law* 2008, nr. 3, p. 7-29.
- M. Varkevisser en F.T. Schut (2008), 'NMa moet strenger zijn bij toetsen van ziekenhuisfusies', *ESB* 2008, jaargang 93, nr. 4532, p. 196-199.
- M. Varkevisser en F.T. Schut (2008a), *Hospital merger control – an international comparison*, unpublished manuscript, Erasmus University Rotterdam 2008.
- W.B. Vogt en R. Town, *How hospital consolidation affected the price and quality of hospital care?*, Research Synthesis Report No. 9, Robert Wood Johnson Foundation, Princeton (N.J.) 2006.

Ziekenhuisfusies en publieke belangen

Prof. dr. M.F.M. Canoy en prof. mr. W. Sauter*

Zorgfusies zijn een onderwerp van aanhoudend politiek debat. In het bijzonder ziekenhuisfusies houden de gemoederen bezig. Deze bijdrage bespreekt het bijzondere karakter van de ziekenhuismarkt. We betogen dat de liberalisering, de methodologie van marktafbakening, de beperkte schaalvoordelen en de publieke belangen in de zorg maken dat fusies moeilijk beoordeelbaar zijn. Daarbij gaan we in op het spanningsveld tussen de adviserende zorgtoezichthouders de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa), de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) en de verantwoordelijke algemene mededingingstoezichthouder de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Ook analyseren we mogelijke oplossingsrichtingen, in het bijzonder de borging van publieke belangen door middel van de diensten van algemeen economisch belang, en een aanvullende zorgtoets gebaseerd op het 'DNB-model' uit de financiële sector.

Achtergrond

Liberalisering van de Nederlandse ziekenhuismarkten is een belangrijke component van het nieuwe zorgstelsel dat in 2006 werd ingevoerd. Het nieuwe stelsel was mede een antwoord op de scherpe kritiek ('de puinhopen van paars') die was gerezen tegen de combinatie van wachtlijsten en uit de pan rijzende kosten die het model van gedetailleerde aanbesteding kenmerkten. Om marktwerking in de ziekenhuissector te doen slagen is het van belang om ruimte te bieden aan nieuwe vormen van financiering en eigendom omdat die een rol kunnen spelen bij het doorbreken

van bestaande patronen. Bij deze nieuwe dynamiek passen ook nieuwe samenwerkingsverbanden, fusies en overnames, toetreding van nieuwe concurrenten en uittreden van falende partijen.

Een haperend fusietoezicht lijkt echter roet in het eten te gooien. Mislukte of ten onrechte goedgekeurde fusies leidden tot het afbrokkelen van de politieke steun voor marktwerking in de zorg, maar ook tot een bedreiging van de marktstructuur in de ziekenhuissector. Door het ontstaan van machtsposities ten gevolge van concentraties kan de concurrentie blijvend worden verstoord. Zoals een van ons in dit blad al eerder heeft geschreven, zijn de talrijke zorgfusies die de NMa heeft beoordeeld tot nu toe allemaal doorgevlagd.¹ Ook andere wetenschappers signaleren problemen op dit vlak, vooral ten aanzien van de negatieve gevolgen van ziekenhuisfusies op de keuzemogelijkheden voor zorgverzekeraars bij het inkopen van zorg, op prijs en kwaliteit.² Het belang hiervan overstijgt het wetenschappelijke discours, want consumenten kunnen hier flink last van hebben. Dit stuk is dan ook bedoeld als bijdrage aan een fundamentele discussie over de toepasbaarheid van de huidige fusietoets op de zorg in de hoop dat dit leidt tot verbetering van ons systeem.

Tot januari 2004 was de NMa in haar fusietoetsing van oordeel dat de ziekenhuissector zodanig strikt gereguleerd was dat van noemenswaardige mededinging en dus van de mogelijkheid tot het ontwikkelen van een economische

* Prof. dr. M.F.M. Canoy is als buitengewoon hoogleraar verbonden aan TILEC (Universiteit van Tilburg) en is werkzaam als chief economist bij ECORYS. Prof. mr. W. Sauter buitengewoon hoogleraar verbonden aan TILEC (Universiteit van Tilburg) en is expert bij de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa). De opvattingen in dit artikel zijn uitsluitend toe te schrijven aan de beide auteurs, met dank voor hun inbreng aan verschillende medewerkers van VWS, NMa en NZa.

1. M. Canoy, 'Gekrakeel over zorgfusies terecht' en 'Zorgfusies: gekker moet het niet worden', *M&M* 2008, p. 113 en p. 115. Naar verluidt hebben in twaalf zaken (waarvan twee ziekenhuizaken) partijen zich na een aanmelding in verschillende fasen teruggetrokken, mogelijk omdat de NMa bezwaren had tegen de voorgenomen fusie (mogelijk ook om andere redenen). In het geval van de Zeeuwse Ziekenhuizen ging het om *reculer pour mieux sauter*. In zes zaken – uitsluitend in de langdurige zorg (Care), dus niet in de ziekenhuizorg – heeft de NMa verplichtingen opgelegd (stand van zaken december 2008).
2. M. Varkevisser en E. Schut, 'NMa moet strenger zijn bij toetsen ziekenhuisfusies', *ESB* 2008, p. 196-199; vergelijk P. Bogetoft, K. Katona en M. Mikkers, 'De voordelen van samenwerking', *VGE-Infobulletin* 2008, p. 12-15.

machtspositie geen sprake was.³ Voor ziekenhuisfusies werd dus geen vergunning vereist. Hiermee werd voorbijgegaan aan de toekomstige effecten van deze fusies op de marktstructuur. Uiteindelijk herzag de NMa dit standpunt in januari 2004 en ging zij in *Juliana Kinderziekenhuis/Rode Kruis Ziekenhuis – Leyenburg Ziekenhuis* voor het eerst over tot een inhoudelijke beoordeling.⁴ In totaal heeft de NMa sindsdien negen ziekenhuisfusies beoordeeld (in een enkel geval twee keer) – en tot nu toe geen enkele keer negatief.⁵

Tegelijkertijd bestaat er sterke politieke weerstand tegen fusies in de zorg, waarbij schaalvergroting op één hoop gegooid wordt met andere negatieve effecten die – veelal ten onrechte – aan marktwerking in deze sector worden toegeschreven. Deze combinatie van factoren lijkt ertoe te leiden dat enerzijds alle fusies doorgaan, maar dat er anderzijds geen ziekenhuislocatie gesloten wordt: nog los van de verdeling van de formele bevoegdheden terzake is dat laatste politiek vooralsnog ondenkbaar. De Kamer dringt ondertussen met een zekere regelmaat aan op een specifieke zorgfusietoets waarin onder meer de ‘maatschappelijke functie’ van zorginstellingen wordt meegewogen.⁶ Deze combinatie van politieke druk en onduidelijkheid is niet bevorderlijk voor de reguleringszekerheid die in een liberaliseringcontext cruciaal is.

De afgelopen anderhalf jaar is in reactie op die politieke weerstand het volgende ondernomen:

- De fusiedrempels zijn alléén voor de zorg verlaagd (gehalveerd),⁷ met als doel regionale of lokale problemen te kunnen adresseren.

3. Vergelijk zaak 165 *Sophia Ziekenhuis – Ziekenhuis/Verpleeghuis De Weezenlanden*, besluit D-G NMa van 5 juni 1998; zaak 2589 *Diaconessenhuis Eindhoven – St.- Joseph Ziekenhuis*, besluit D-G NMa van 24 juni 2001; zaak 2444 *BMC – CLZ*, besluit D-G NMa van 22 oktober 2001; en zaak 2877 *Sint-Antonius Ziekenhuis – Mesos Medisch Centrum*, besluit D-G NMa van 14 maart 2002.
4. Zaak 3524/47 *Juliana Kinderziekenhuis/Rode Kruis Ziekenhuis – Leyenburg Ziekenhuis*, besluit D-G NMa van 28 januari 2004 (1^e fase). Dit mede naar aanleiding van *Concurrentie in de ziekenhuissector*, visiedocument NMa van 22 januari 2004. Daarna volgden zaak 3897 *Ziekenhuis Hilversum – Ziekenhuis Gooi-Noord*, besluit D-G NMa van 15 juli 2004 (1^e fase) en besluit D-G NMa van 8 juni 2005 (2^e fase); zaak 5047/34 *Erasmus MC – Havenziekenhuis*, besluit D-G NMa van 8 juni 2005 (1^e fase); zaak 5935 *Laurentius Ziekenhuis Roermond – St.-Jans Gasthuis*, besluit RvB NMa van 19 februari 2007 (1^e fase); zaak 6115 *Stichting Schiedamse en Vlaardingse Ziekenhuizen – Medisch Centrum Rijnmond Zuid*, besluit RvB NMa van 19 juli 2007 (1^e fase); zaak 5886 *MCA – Gemini*, besluit RvB NMa van 13 september 2007 (1^e fase); zaak 5196 *Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen*, besluit D-G NMa van 18 november 2005 (1^e fase); zaak 6424 *Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen*, besluit RvB NMa van 8 augustus 2008 (1^e fase na nieuwe aanmelding). Zaak 6260 *Groene Hart Ziekenhuis – Zorgpartners Midden Holland*, besluit RvB NMa 29 februari 2008 (1^e fase); zaak 6284 *St.-Lucas – Delfzicht*, besluit RvB NMa 29 april 2008 (1^e fase).
5. Alleen in de zaak van de *Gooise Ziekenhuizen* (zaak 3897) en van de *Zeeuwse Ziekenhuizen* (zaak 6424) werd een vergunning vereist. In het eerste geval werd de vergunning vervolgens verleend, het tweede geval is op het moment van schrijven nog onbeslist.
6. Vergelijk de aangenomen moties in *Kamerstukken II 2007/08*, 31 200 XVI, nr. 39; *Kamerstukken II 2007/08*, 31 300 XVI, nr. 84; en het verslag van het algemeen overleg van de minister van VWS met de vaste commissie in *Tweede Kamer, Kamerstukken II 2007/08*, 29 247, nr. 78.
7. Minister van Economische Zaken, Besluit van 6 december 2007 houdende tijdelijke verruiming van het toepassingsbereik van het concentratietoetsing op ondernemingen die zorg verlenen, *Stb.* 2007, 518.

- De Raad voor Volksgezondheid en Zorg (RVZ) heeft uitvoerig aan de minister van VWS gerapporteerd over schaal in de zorg.⁸
- De minister van VWS heeft een verzoek om advies ten aanzien van (een strengere) fusietoetsing in de zorg gevraagd aan de Raad van State.⁹

Voldoende aanleiding dus om de toets op ziekenhuisfusies onder de loep te nemen. In dit artikel gaan wij in op drie zorgspecifieke aspecten die naar onze mening verhinderen dat ziekenhuisfusies op dit moment adequaat beoordeeld kunnen worden: liberalisering, de methodologie van marktafbakening en de publieke belangen. Daarnaast gaan wij in op de institutionele dimensie, recente ontwikkelingen, en tot besluit: mogelijke oplossingen.

Liberaliseren

Het kwetsbare liberaliseringsproces

De zorgmarkt is een markt waar de politiek expliciet als doel heeft gesteld om de mededinging aan te wakkeren. De gedachte is dat toegenomen mededinging bijdraagt aan de publieke belangen betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit. Daarom is de NZa ook opgericht met een juridisch instrumentarium dat – anders dan de NMa – als doel heeft de mededinging te vergroten. Voorbeelden daarvan zijn de bevoegdheden ten aanzien van transparantie, het opleggen van boekhoudkundige voorschriften, het ingrijpen in de voorwaarden van overeenkomsten of de wijze van tot stand komen daarvan, en het opleggen van verplichtingen aan partijen met aanmerkelijke marktmacht (AMM).¹⁰ Het probleem is dat fusies het liberaliseringsproces kunnen frustreren.

De oorzaak van dit probleem ligt vervat in de tegenstelling tussen het aanwakkeren van mededinging en het fusietoezicht. De NMa kan een fusie immers alleen blokkeren als de mededinging significant wordt belemmerd. Het is duidelijk dat er een groot gat ligt tussen aanwakkeren en voorkomen van significant belemmeren van mededinging. Het gevolg is dat het kan voorkomen dat men de facto en de jure toestaat dat de concurrentie verlaagd wordt via een fusie, terwijl er politiek besloten is dat men meer concurrentie wil. Als ‘oplossing’ zou de NZa de grenzen van het AMM-instrument kunnen verkennen en alsnog gedragsremedies opleggen als er problemen ontstaan. Maar omdat AMM equivalent is aan het bestaan van een machtspositie is dit lastig als de NMa net heeft vastgesteld dat van een machtspositie geen sprake is. En voorkomen is bovendien beter dan genezen. Structurele problemen vragen dan ook om structurele oplossingen, zoals het afstoten van bedrijfsonderdelen – hetgeen niet

8. *Schaal en zorg*, advies uitgebracht door de RVZ aan het Ministerie van VWS (Den Haag 2008), bijlage bij *Kamerstukken II 2007/08*, 30 597, nr. 15. Reactie van de minister in: *Kiezen voor bereikbaarheid en kwaliteit van zorg*, bijlage bij *Kamerstukken II 2007/08*, 29 247, nr. 75.
9. Vragen aan de Raad van State over fusietoetsing in de zorg, bijlage bij *Kamerstukken II 2008/09*, 29 247, nr. 82.
10. W. Sauter, ‘Aanmerkelijke marktmacht (AMM) in de zorg’, *M&M* 2007, p. 3-11.

tot het huidige arsenaal aan AMM-verplichtingen behoort, maar als remedie in fusiezaken wel mogelijk is. Hier bovenop komt nog dat het sowieso lastig is voor de NMa om fusies te beoordelen in markten in transitie. Dit komt omdat de rechter een stevige bewijslast vereist en die kan vaak gewoon niet worden geleverd. Hetzelfde geldt voor een aantal andere sectoren (energie, onderwijs), maar bij de zorg komen verschillende problemen samen.¹¹

Bijzondere verhoudingen

Bij de fusietoets in de zorg zijn de verhoudingen tussen de partijen en de NMa anders dan gebruikelijk: partijen staan minder onder druk dan gebruikelijk.¹² Daarbij komt nog dat in de zorg de interne verantwoording- en toezichtstructuren veelal gebrekkig zijn. Zowel extern als intern is er dus minder grip op fuserende zorgpartijen. Niet bijzonder voor de zorg is dat het ongedaan maken van eenmaal toegestane en uitgevoerde fusies zo goed als onmogelijk is: *you cannot unscramble an omelette*. Derdenbelanghebbenden beschikken niet over de benodigde informatie en er is geen rechter te vinden die zijn vingers hieraan wil branden. Daarom is er feitelijk geen rechterlijke toetsing van besluiten om een vergunning voor een fusie te geven, of zelfs van besluiten dat een vergunning niet nodig is.

Dit algemene probleem cumuleert met het verstoorde machtsverhouding in zorgfusies. Het blokkeren van een fusie is veel riskanter voor de mededingingsautoriteit: er staat dus een premie op goedkeuren.¹³ Zwakke gefuseerde ziekenhuizen komen vervolgens vaak vanzelf verder in de financiële problemen. Daarop treedt vervolgens het gegeven in werking dat in het huidige Nederlandse politieke klimaat ziekenhuizen niet mogen sluiten, en dus de roep klinkt om de steunkraan open te draaien – met een verdere negatieve invloed op prestaties, concurrentieverhoudingen en marktstructuur.

Marktafbakening

Om een fusie te beoordelen moet de NMa de relevante markt afbakenen. Dit heeft zowel een geografische als een productmarkt component. Wat blijkt nu? Recent onderzoek van onder meer Marco Varkenvisser en Erik Schut van de Erasmus Universiteit laat zien dat er methodologische problemen zijn met het precies bepalen van de relevante markt.¹⁴ Ook maakt dat onderzoek duidelijk dat de NMa lang niet altijd alle mogelijkheden gebruikt die er

zijn. Bijvoorbeeld het Duitse Bundeskartellamt gaat gedetailleerder te werk.¹⁵ Soms zijn de gebruikte methoden eenzijdig of speculatief, zoals in de *Gooise Ziekenhuizen*-zaak.¹⁶ Soms bakent de NMa de markt helemaal niet af, zoals in Limburg en in Noord-Holland, terwijl daar wel aanleiding voor was.¹⁷

De gevolgen van die methodologische onduidelijkheid en de soms eenzijdige benadering van de NMa zijn dat er twijfel blijft bestaan over de relevante markt. Omdat het zo is dat de bewijslast bij de NMa ligt, krijgen de partijen in dat geval het voordeel van de twijfel. Ook dat bevordert het goedkeuren van fusies. In alle drie de bovengenoemde gevallen was in ieder geval de consequentie dat de betrokken fusie kon doorgaan. Een tendens die kan leiden en/of reeds heeft geleid tot fusies die niet in het maatschappelijke belang zijn.

Beperkte schaalvoordelen

Nederlandse ziekenhuizen zijn groot in verhouding tot die in het buitenland. Vergelijkingen in de buitenlandse literatuur suggereren verder dat in Nederland gemiddeld de efficiënte schaal voor ziekenhuizen al lang is bereikt en zelfs wordt overschreden. Boven de tweehonderd tot driehonderd bedden zouden namelijk geen schaalvoordelen te behalen zijn, en zou veelal eerder sprake zijn van schaalnadelen.¹⁸ De gemiddelde schaal van Nederlandse ziekenhuizen ligt hier ver boven (en ver boven het Europese gemiddelde), namelijk op bijna vijfhonderd bedden:

‘Met een geschat aantal bedden van 478 per ziekenhuis laat Nederland, Zweden (256 bedden), Duitsland (243 bedden) en Frankrijk (145 bedden) ver achter zich’.¹⁹

In reactie hierop wordt soms het argument gebruikt dat Nederland een bijzonder ontwikkelde eerstelijnsfunctie kent,²⁰ waardoor Nederlandse ziekenhuizen in feite sterker gespecialiseerd zouden zijn, en daarom mogelijk een grotere efficiënte schaal kennen. Hoewel internationale vergelijkingen van schaal doorgaans gebaseerd zijn op het aantal bedden (intramurale zorg) kan het ontbreken van

11. Zie ook M. Canoy en D. Newbery ‘Fusiecontrole voldoet niet bij elektriciteit’, *Het Financieële Dagblad* 18 januari 2003.

12. Bijvoorbeeld vanwege het ontbreken van aandeelhouders, externe financiers en winsttoegmerk. Zie de bijdrage van M. Snoep elders in dit nummer.

13. Zo verweert de Europese Commissie zich nog voor het HvJ EG tegen een schadeclaim van 1,7 miljard euro voor de *Schneider-Legrand*-fusie die zij volgens het GvEA ten onrechte blokkeerde. Arrest van het GvEA 11 juli 2007, zaak T-351/03, *Schneider Electric SA/Commissie, Jur.* 2007, p. II-2237.

14. M. Varkevisser, C.S. Capps en F.T. Schut, ‘Defining hospital markets for antitrust enforcement: new approaches and their applicability to The Netherlands’, *Health Economics Policy and Law* 2008, p. 7-29.

15. T. Lübbig en M. Klasse, *Kartellrecht im Pharma- und Gesundheitssektor*, Baden-Baden, 2007.

16. Zaak 3897 *Ziekenhuis Hilversum - Ziekenhuis Gooi-Noord*, besluit D-G NMa van 8 juni 2005 (2^e fase) – zie ook Varkevisser en Schut, hiervoor noot 2. Hier werd een geografische markt ‘wijder dan het Gooi’ aangenomen op basis van hypothetisch keuzegedrag terwijl feitelijk keuzegedrag op een nauwere marktafbakening – en dus op een probleemfusie – wees.

17. Zaak 5935 *Laurentius Ziekenhuis Roermond – St.-Jans Gasthuis*, besluit RvB NMa van 19 februari 2007; Zaak 5886 *MCA – Gemini*, besluit RvB NMa van 13 september 2007.

18. Zie het overzicht van een reeks van studies in J. Blank e.a., *Schaal en zorg: een inventariserend onderzoek naar de relatie tussen schaal, bereikbaarheid, kwaliteit en doelmatigheid in de zorg*, RVZ 2008, p. 72-74.

19. E.G. Brummelman, *Schaal en zorg: een internationale vergelijking*, RVZ 2008, p. 45.

20. Hierbij moet vooral gedacht worden aan wat in Nederland als niet-medisch specialistische zorg en ambulante zorg geldt (o.a. huisartsenzorg, farmaceutische zorg en verloskundige zorg). Bovendien speelt de poortwachterfunctie van de huisarts een rol.

een goed toegankelijke eerstelijns ertoe leiden dat ziekenhuizen dichterbij de consument gelokaliseerd en dus kleiner moeten zijn (ook in termen van aantal bedden). Deze stelling is echter nog niet bewezen, en zelfs niet goed onderzocht. Daartegenover staat bovendien vergelijkend onderzoek tussen Nederlandse ziekenhuizen waaruit een grote schaal – en schaalvergroting door fusies – niet tot betere prestaties blijken te leiden.²¹

De effecten van schaal zijn ten slotte niet eenduidig ten aanzien van de drie publieke belangen. In het rapport van de RVZ uit 2008 wordt hierop uitvoerig ingegaan. In het bijzonder het streven naar kwaliteit zou een schaalvergroting in de hand werken. Uit de internationale literatuur blijkt dat vooral bij de complexe medisch specialistische zorg een toename van het aantal behandelingen een verbetering in kwaliteit kan opleveren.²² Concentratie is dan in feite een middel om te komen tot meer specialisatie c.q. subspecialisatie. (NB: dit gaat wel over de vanuit kwaliteitsperspectief doelmatige schaal per specialist, en niet per ziekenhuis, die niet per definitie samenvallen.) Daarnaast kan concentratie ook een rol spelen bij het bevorderen van continuïteit, een dimensie van bereikbaarheid. Dit terwijl een andere dimensie van bereikbaarheid, zoals reisafstand, mogelijk juist afneemt. Tot slot kan een fusie ook tot moeilijk overbrugbare cultuurverschillen leiden, wat de kwaliteit kan verminderen.

Omdat de gevolgen van schaalvergroting niet eenduidig inwerken op de verschillende publieke doelen en waarschijnlijk ook per specialisme verschillen, kan men zich afvragen of een fusie wel de geëigende manier is om eventuele gewenste schaalvergroting te bereiken. Er zijn immers andere vormen van samenwerking denkbaar die met minder marktverstoringen gepaard gaan.

De publieke belangen

Belangen zonder duidelijke grondslag

Een andere dimensie die specifiek is bij zorgfusies is dat de zorg (net als media en de financiële sector) mogelijk publieke belangen kent die niet gemakkelijk in een mededingingsrechtelijk kader te vervatten zijn. Soms zijn deze specifieke publieke belangen in wetgeving verankerd, maar niet altijd. Dat laatste zal wel vaak een voorwaarde zijn om te voorkomen dat dergelijke belangen onder politieke druk op weinig toetsbare wijze worden ingeroepen – en dus overgaan in de waan van de dag.

Daarmee rijst dan ook al snel de vraag of er wel voldoende instrumenten zijn om te voorkomen dat een fusie eventueel ten koste gaat van die publieke belangen. Dat deze problemen verre van denkbeeldig zijn bewijst het voorbeeld van de Zeeuwse Ziekenhuizen. Het is een merkwaardige gedachte dat als twee ziekenhuizen beneden de

maat presteren een fusie soelaas zou bieden. Dit zou alleen het geval zijn als het gebrek aan schaal of synergie de oorzaak van de problemen is, maar dat hoeft lang niet altijd het geval te zijn. In dergelijke gevallen ligt het eerder voor de hand om aan een overname te denken zoals bij het Slo-tervaartziekenhuis. Een overname hoeft immers helemaal niet te gebeuren door een directe concurrent, waarmee de eventuele bezwaren van een fusie verdwijnen.

Meetbaar maken en DAEB

Het consumentensurplus betekent dat consumenten een zo goed mogelijke prijs-kwaliteit verhouding krijgen. In beginsel kun je betaalbaarheid als prijs en toegankelijkheid en zorgkwaliteit als verschillende kwaliteitsdimensies zien. Daarmee is het denkbaar dat de publieke belangen in de zorg vervat kunnen worden in een mededingingsrechtelijk kader. Er zijn echter complicaties.

Ten eerste kunnen de verschillende dimensies van kwaliteit (nog) niet gemeten en vergeleken worden. Hoe vergelijk je de achteruitgang in bereikbaarheid met een vooruitgang in zorgkwaliteit? En zelfs als je alles in *QALYs* kan uitdrukken (wat voorlopig nog maar de vraag is), dan spelen bij de weging ook politieke preferenties een rol. Al helemaal ondoenlijk voor een mededingingsautoriteit. Zolang de verschillende belangen niet beter tegen elkaar kunnen worden afgewogen, is de uitkomst ongewis en in zekere zin arbitrair. Daarom is de oplossing om alle drie de publieke belangen meetbaar en dus toetsbaar en vergelijkbaar te maken – zeker ook een wetenschappelijke uitdaging.

Ook is het van belang om de toetsingskaders van de toezichhouders transparant te maken zodat helder is hoe de verschillende toezichhouders een fusie beoordelen. Nu is het kader van de NMa strikt omschreven in de Mededingingswet en dat van de NZa en de IGZ minder duidelijk in protocollen en werkafspraken. Als duidelijker is wie wat toetst, hoe de afweging verloopt, en welke normen er worden gehandhaafd, dan worden de uitruilen tussen verschillende doelen ook transparanter.

In de tweede plaats is vaak sprake van een niet duidelijk omschreven begrip als 'continuïteit van zorg', zoals recentelijk bevestigd ten aanzien van de IJsselmeerziekenhuizen (om nog maar te zwijgen van cryptische verwijzingen van de minister van VWS²³ naar 'systeemziekenhuizen',²⁴ een categorie die in de zorg logischerwijs niet kan bestaan). Hier is het probleem niet altijd zozeer hoe deze begrippen gevangen kunnen worden in een wettelijke publieke norm – in dit geval bereikbaarheid. Wat feitelijk ontbreekt, is een duidelijke regeling van de publieke dienst: wát is het minimumpakket aan ziekenhuisdiensten dat universeel beschikbaar moet zijn, wíe is daarvoor verantwoordelijk, en hóe moet dit worden bekostigd? Dit

21. T. Collot d'Escury e.a., *Op weg naar echte Marktwerving. Nederlandse ziekenhuizen van 2002 tot 2007 – De belangrijkste ontwikkelingen*, Roland Berger strategy consultants 2008.
22. E.A. Halm, C. Lee en M.R. Chassin, 'Is volume related to outcome in health care? A systematic review and methodological critique of the literature', *Annals of Internal Medicine* 2002, p. 511-552.

23. *Positionering algemene ziekenhuizen*, twee brieven van de minister van VWS aan de Kamer: *Kamerstukken II 2008/09*, 27 295, nr. 124 en nr. 126.
24. Als ziekenhuis A 'omvalt', heeft dat geen consequenties voor de positie van ziekenhuis B (behalve dat dit mogelijk erwijs meer consumenten trekt), anders dan bij banken waar het vertrouwen in het financiële stelsel als geheel een rol speelt (evenals onderlinge financiële posities en kredietverstrekking). Beide sectoren zijn in die zin onvergelijkbaar.

probleem is overigens ook al gesignaleerd door de RVZ en de NZa ten aanzien van de acute zorg.²⁵

Om dit laatste probleem vanuit Europeesrechtelijk perspectief goed te regelen (niet onbelangrijk in een context als de Nederlandse waarin ziekenhuizen ondernemingen zijn en wordt gewerkt met staatssteun) moet worden gedacht aan het definiëren van een dienst van algemeen economisch belang (DAEB).²⁶ Door de openbare dienst duidelijk te definiëren (met alleen daaraan evenredige beperkingen van de mededinging) zal ook een rationalisatieslag plaatsvinden waardoor onduidelijke ‘openbare belangen’ niet meer te pas en te onpas worden ingeroepen om politieke verzoeken om ingrepen te rechtvaardigen.²⁷ Een interessante consequentie kan overigens zijn dat het invoeren van DAEB mogelijk juist tot minder fusies leidt (in plaats van tot meer, zoals voorzien in artikel 41 lid 3 Mededingingswet): het garanderen van continuïteit van zorg is dan niet meer per definitie synoniem met het over-eind houden van een (als geheel) falend ziekenhuis maar kan dan functioneel worden benaderd. In plaats daarvan zal de minst mededingingsbeperkende oplossing gekozen moeten worden, zoals het financieren van de bereikbaarheid van acute zorg, mogelijk losstaand van het falende ziekenhuis.

Institutionele vragen

Samenwerking en zienswijzen

Bovenstaande aspecten leiden ook tot vragen ten aanzien van de institutionele verhoudingen bij de toetsing van zorgfusies. Hierbij zijn in de praktijk drie afzonderlijke overheidsorganen betrokken.²⁸ In de eerste plaats de NMa die op grond van de Mededingingswet bevoegd is tot de beoordeling van fusies, inbegrepen ten aanzien van zorgfusies. De inbreng van de NZa, als tweede betrokken orgaan, heeft geen wettelijke grondslag, maar vindt zijn oorsprong in artikel 3 van het Samenwerkingsprotocol met de NMa (dat op zichzelf wel weer een basis kent in artikel 17 lid 1 onder a Wet marktordening gezondheids-

zorg (Wmg)) en in nadere werkafspraken.²⁹ In deze werkafspraken is opgenomen dat de NZa de mogelijkheid heeft om betreffende voorgenomen of aangemelde concentraties in de zorgsector zienswijzen uit te brengen in het bijzonder met betrekking tot marktafbakening en de effecten van de concentratie op de marktwerking.³⁰

Als we de tekst van de onderlinge afspraken parafraseren, is de motivatie van deze samenwerking voor de NZa vooral de mogelijke invloed van concentraties op de marktstructuur en voor de NMa de marktkennis van de NZa. Daarnaast speelt voor de NMa ongetwijfeld de wens om de visie van de sectorspecifieke toezichthouder tijdig in beeld te hebben met het oog op de houdbaarheid van haar eigen besluiten voor de rechter. Beide toezichthouders gaan met deze samenwerking verder dan de regeling in artikel 18 lid 4 Wmg die bepaalt dat de NZa de uitleg van mededingingsbegrippen volgt van de NMa, terwijl volgens artikel 18 lid 1 en 3 Wmg de NZa voorrang heeft bij samenloop met het commune mededingingsrecht voor zover de toepassing van haar specifieke wettelijke bevoegdheden mededingingsproblemen effectief kan oplossen. De werkafspraken voorzien ook in nadere afstemming bij uiteenlopende inzichten, met het doel deze laatste alleen in het uiterste geval openbaar te hoeven maken. Met die openbaarheid wordt overigens nog niet veel vaart gemaakt.

Tot dusver verwerkte de NMa een (summiere) samenvatting van de zienswijze van de NZa in haar besluiten en bleef het daarbij. In de *Evean*-zaak in april 2008 – waar de NZa en de NMa het, voor zover waarneembaar, voor het eerst fundamenteel oneens waren – maakte de NZa haar integrale zienswijzen echter zelfstandig openbaar.³¹ Dit zou standaardpraktijk moeten zijn alleen al om de motivatie van de NMa op dit punt te toetsen. Bovendien is het ongewenst dat de zienswijzen van de NZa thans geen onderdeel kunnen uitmaken van het publieke en wetenschappelijke discours. Ook in dit artikel kunnen we er geen gebruik van maken zonder een voorafgaand succesvol beroep op de Wet Openbaarheid van Bestuur. (Naar verluidt beoogt de NZa op termijn wel actief tot openbaarmaking over te willen gaan.)

In haar zienswijzen concentreert de NZa zich feitelijk op de gevolgen van de voorgenomen concentratie op de marktstructuur, en in het bijzonder op de al eerder genoemde drie publieke belangen betaalbaarheid, bereikbaarheid en kwaliteit. Het kwaliteitsaspect zorgt voor de meeste uitdagingen: op grond van artikel 19 Wmg dient de NZa, behoudens een marginale toetsing, het oordeel

25. RVZ, hiervoor noot 8, in het bijzonder bijlage 4, G.M.P. Raas, *Acute zorg: Met Speed! Advies over de verbetering van de regulering van acute zorg*, NZa februari 2008.

26. W. Sauter, ‘Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg’, *M&M* 2008, p. 4-12. Topklinische en academische zorg hebben gezien hun financieringsstructuur mogelijk het karakter van een dienst van algemeen belang in plaats van algemeen economisch belang. P.J. Slot, M.H. Park en A. Cuyvers, ‘Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd’, *M&M* 2007, p. 101-107 stellen voor dit onderscheid te baseren op het ondernemingsbegrip (op basis van budgettering gefinancierd tegenover marktgefinancierd).

27. Zie ook RVZ ten aanzien van Acute zorg, hiervoor noot 8; en eerder het NZa-advies over Acute zorg, hiervoor noot 25.

28. C.C. Meijer, ‘Concurrerende zorg, concurrerende autoriteiten’, *M&M* 2005, p. 206-214 en ‘De NZa – autoriteit in ontwikkeling’, *M&M* 2006, p. 183-188. Meer algemeen: C.E. Schillemans, ‘Algemeen en sectorspecifiek mededingingsrecht: blauwachtig grijs en grijsachtig blauw?’, *M&M* 2007, p. 12-19.

29. Samenwerkingsprotocol tussen de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) over de wijze van samenwerken bij aangelegenheden van wederzijds belang, *Stcrt.* 30 oktober 2006, p. 16 (hierna: Samenwerkingsprotocol); Werkafspraken tussen NMa en NZa met betrekking tot concentratiezaken, *Stcrt.* 5 maart 2008, p. 11. (Eerder: Werkafspraken tussen NMa, CTG/ZAio en CTZ met betrekking tot concentratiezaken, *Stcrt.* 5 maart 2008, p. 27).

30. Beide autoriteiten werken voort onder meer samen bij het ontwikkelen van nieuwe methoden van (vooral geografische) marktafbakening in de zorg. Zie het artikel van Halbersma en coauteurs elders in dit blad.

31. Zaak 6141, *Evean – Philadelphia – Woonzorg Nederland*, besluit RvB NMa van 1 april 2008; <http://www.nza.nl/nza/Nieuws/Fusie_Evean_Philadelphia/>.

van de IGZ te volgen ten aanzien van de (minimum) kwaliteit van zorg. De IGZ is dan ook de derde toezichthouder die bij de toets van zorgfusies betrokken is.

In de praktijk geeft de NZa in het kader van haar zienswijzen op dit punt de opvatting van de IGZ zonder eigen aanpassingen door aan de NMa. Het gevaar dat hierbij ontstaat is dat dit kwaliteitsoordeel (zeker als 'er doden dreigen te vallen', wat in de ziekenhuissector even goed denkbaar als moeilijk verifieerbaar is) de beide andere publieke belangen overtroeft.³² De minister van VWS stelt in zijn reactie op het RVZ-rapport dat (minimum-) kwaliteit zwaarder weegt dan bereikbaarheid.³³ Dit mag in zijn politieke context gelezen begrijpelijk zijn, maar kan niet waar zijn in absolute zin. Met andere woorden, een marginale daling in kwaliteit weegt niet zwaarder dan een aanzienlijke daling in betaalbaarheid of toegankelijkheid.³⁴ Bovendien wordt in het oordeel van de IGZ niet meegewogen of minder ver gaande samenwerkingsvormen dan fusies voor een kwaliteitsimpuls kunnen zorgen. Een dergelijke afweging moet echter wel mogelijk blijven. Anders worden feitelijk ook beide voor de marktwerking verantwoordelijke toezichthouders, de NMa en de NZa, naar een tweede plan verwezen. Dit is te meer prangend omdat de IGZ op het gebied van marktwerking geen specifieke kennis en competenties heeft. Het is dan ook wenselijk dat de NZa zelfstandig een afweging maakt over de afweging tussen alle drie de publieke belangen en dat voor de NMa de effecten op de mededinging leidend blijven.

Toekomstige veranderingen?

Deze institutionele verhoudingen staan regelmatig publiekelijk ter discussie, zij het dat dit zich toespitst op de verhouding NMa-NZa en de IGZ tot nu toe doorgaans buiten beeld is gebleven. De consequenties hiervan blijven tot nu toe beperkt tot de eerder genoemde aanpassingen aan de omzetrempels en het RVZ-rapport over schaal en zorg dat weinig concrete gevolgen heeft gehad. Toch staat een (tijdelijke) herziening van de fusietoets voor de zorg nog steeds op de agenda, ingegrepen een versterking van de institutionele rol van de NZa en mogelijk ook de IGZ.

Inmiddels heeft de minister van VWS namelijk een adviesaanvraag betreffende zorgfusies gedaan aan de Raad van State. Aan de orde is de vraag of het denkbaar is om de toets voor zorgfusies tijdelijk aan te scherpen door concentraties die leiden tot een marktaandeel van 35 procent

of meer te laten verbieden.³⁵ Hierin worden voorts betrokken de AMM-bevoegdheden van de NZa en het versterken van de rol van de NZa en de IGZ in het fusietoezicht (kennelijk zonder dat men zich bewust is van het feit dat het laatste waarschijnlijk méér en niet minder zorgfusies zou opleveren).³⁶

Vooruitlopend op de reactie op de adviesaanvraag van de Raad van State is de minister van Economische Zaken in overleg met de minister en staatsecretaris van VWS voornemens om met een beleidsregel het fusietoezicht op de zorg aan te scherpen. In het bijzonder zou de NMa bij een marktaandeel van 35 procent nader onderzoek dienen te doen; rekening moeten houden met het feit dat de zorg een sector in transitie is met gebrekkige transparantie en waar mensen in de langdurige zorg hechten aan zorg in hun vertrouwde omgeving; en structureel de zienswijzen van cliëntenraden in haar oordeel moeten betrekken.³⁷ Het is nog niet te voorzien wat de uitkomst van deze ontwikkelingen zal zijn. Enkele zaken die nog niet geagendeerd zijn, maar wel het overwegen waard zijn, betreffen het geven van een juridische basis aan de zienswijzen van de NZa en een formele motiveringseis voor de NMa bij afwijkend oordeel ten opzichte van zienswijzen (dit is nu alleen nog een onderlinge werkafpraak tussen beide toezichthouders). Verder kan worden gedacht aan een extra toets door de NZa op de publieke belangen – zoals ook de DNB die op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft) uitvoert bij bankfusies (waarvoor afgifte van een verklaring van geen bezwaar verplicht is) met het oog op de effecten op de financiële stabiliteit.³⁸ In tegenstelling tot de regeling in Wft zou voor de zorg echter niet moeten

32. Dit probleem wordt ook gesignaleerd door de RVZ. Zie hiervoor noot 8.

33. *Kamerstukken II* 2007/08, 29 247, nr. 75, p. 4.

34. Minimumkwaliteit is geen objectief begrip. Ook bij het bepalen van minimumkwaliteit (een dynamisch proces zowel onderhevig aan veranderingen in maatschappelijke omstandigheden en opvattingen als in medische mogelijkheden) moeten bovendien kosten en baten worden meegenomen, die onder meer zeer wel in termen van bereikbaarheid en betaalbaarheid kunnen worden uitgedrukt.

35. Ibidem. Dit is mogelijk geïnspireerd door de Wet van 16 mei 2007 tot vaststelling van tijdelijke regels voor mediaconcentraties en enige daarmee verband houdende wijzigingen in de Mediawet en de Mededingingswet (Tijdelijke wet mediaconcentraties) van 16 mei 2007, *Stb.* 2007, 204, waarin een marktaandeel van 35 procent als bovengrens geldt voor de dagbladenmarkt alsmede aanvullende drempels voor fusies die verschillende mediamarkten overstijgen (90 procent voor de opgetelde aandelen in twee of drie verschillende mediamarkten). De relevante publieke belangen hier zijn pluriformiteit van informatie, en de multimediale ontwikkeling.

36. Een van de vragen is of dit verenigbaar is met Europees recht. Kritisch zijn J.W. van de Gronden en H.M. Stergiou in *Fusietoets in de zorg: Hoe past een dergelijke toets in het Europese en nationale economische recht*, RVZ 2008.

37. Kiezen voor bereikbaarheid en kwaliteit van zorg, zie hiervoor noot 8 en noot 32.

38. Zie afdeling 3.3.1, 'gekwalficeerde deelnemingen in financiële ondernemingen' van de Wet van 20 november 2006, houdende invoering van de Wet op het financieel toezicht en aanpassing van overige wetten aan die wet (Invoerings- en aanpassingswet Wet op het financieel toezicht), *Stb.* 2006, 605 (artikelen 3.95-3.108). Indien sprake is van een gekwalficeerde deelneming in een van de vijf grootste Nederlandse banken wordt een verklaring van geen bezwaar van de minister van Financiën in plaats van van de DNB vereist. Hiervoor bestaat een Europeesrechtelijke grondslag in Richtlijn 2007/44/EG (procedureregels en evaluatiecriteria voor de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van deelnemingen in de financiële sector), Pb. EU 2007, L 247/1. Van een gekwalficeerde deelneming is sprake bij het verwerven van 10 procent van het kapitaal en/of 10 procent van de stemrechten (of vergelijkbare zeggenschap) van een financiële onderneming. De DNB toetst: (1) of een gezonde en prudente bedrijfsuitoefening in gevaar komt, (2) of een (ondoorzichtige) structuur ontstaat die het toezicht bemoeilijkt en (3) of de deelname zou kunnen leiden tot een ongewenste ontwikkeling in de financiële sector. Deze normen zijn gedetailleerd beschreven in de genoemde Europese richtlijn.

gelden dat voor een bepaalde groep ziekenhuizen de toets bij de minister ligt: er bestaan in de zorg immers geen 'systeemziekenhuizen'. Het uitsluitend neerleggen van deze toets bij de NZa bevordert bovendien depolitisering en (mede daarom) reguleringszekerheid.

Wat het aanpassen van de AMM-bevoegdheid van de NZa betreft, zou het overweging verdienen om juist hier (tijdelijk) met vaste marktaandeeldrempels te werken – zoals ook in de telecommunicatie voor de toepassing van AMM oorspronkelijk werd gewerkt met marktaandelen van 25 procent (terwijl in de zorg 35 procent *en vogue* schijnt te zijn). De huidige op de bewijsvoering van economische machtspositie gebaseerde AMM-toets is namelijk waarschijnlijk nog veel moeilijker toe te passen dan de fusietoets die kennelijk aanpassing behoeft.³⁹ Dat het de voorkeur verdient om concentraties die marktmacht veroorzaken door middel van de fusietoets te voorkomen boven het achteraf opleggen van gedragsverplichtingen, staat overigens buiten kijf. Dit geldt des te meer in de ziekenhuissector waar toetreding vrijwel onmogelijk is: eeuwig durende gedragsregulering past niet bij de doelstellingen van het nieuwe zorgstelsel.

Fusies in de praktijk

Verticale fusies

Er zijn overigens nog meer goede redenen om de fusietoets nog eens tegen het licht te houden. In de eerste plaats worden de fusievraagstukken steeds complexer. Dit betreft niet alleen de toename van het belang van de kwaliteitsdimensie (zoals in de *Zeeuwse Ziekenhuizen*-zaak), maar ook het ontstaan van verticale fusies. Een eerste voorbeeld buiten de ziekenhuissector, de *Evean*-zaak, met de fusie tussen een woningcorporatie en een onderneming in de intramurale zorg in de *Care*, gaf aanleiding tot de eerste (publieke) *dissenting opinion* van de NZa en werd, na desondanks een vergunning te hebben verkregen van de NMa⁴⁰ in reactie op een Tweede Kamermotie, geblokkeerd door de minister van Wonen, Wijken en Integratie.⁴¹

Inmiddels heeft zich ook de eerste verticale ziekenhuisfusie – waarbij in dit geval een zorgverzekeraar betrokken is (maar ook huisartsen als collectief betrokken zijn) – aangediend in Schiedam. Enerzijds zijn verticale fusies minder problematisch omdat het vaak niet duidelijk is of de concurrentie wordt aangetast en omdat er doelmatigheidsvoordelen spelen (vanwege het opheffen van dubbele marges).⁴² Ook coördinatieproblemen zouden kunnen worden verminderd. Daartegenover staat in dit specifieke

geval in verband met de sterke positie van het betrokken ziekenhuis een risico van uitsluiting (door benadeling) van andere zorgverzekeraars. Dit risico is nog ernstiger, omdat de grootste zorgverzekeraar uit de regio hier deelneemt (hetgeen in vergelijkbare gevallen ook snel zal spelen gezien de hoge regionale concentratiegraad in zorgverzekeringsmarkten in het algemeen). Ten slotte rijzen behalve toegangs- en discriminatieproblemen mogelijk ook vragen met betrekking tot de vertrouwelijkheid van informatie over patiënten en behandelingen.⁴³

Overigens zullen verticale fusies tussen ziekenhuizen en verzekeraars waarschijnlijk vaker voorkomen naarmate meer ziekenhuizen in de financiële problemen raken. In plaats van op last van de NZa steun te moeten geven, zullen verzekeraars mogelijk liever een deelname voor hun rekening nemen waarbij zij zelf in ieder geval enige controle verwerven.

Fusies en steun

Ten slotte is er ook nog een ander en tamelijk pervers verband tussen fusies en steunverlening. Een recent voorbeeld buiten de ziekenhuissector is het langdurige-zorgconcern Meavita, dat inmiddels balanceert op de rand van het faillissement en voor twintig miljoen euro steun heeft aangevraagd bij de NZa.⁴⁴ Het Oosterscheldeziekenhuis, dat betrokken is bij de omstreden Zeeuwse Ziekenhuisfusie, wordt nu al genoemd als het financieel zwakste ziekenhuis van Nederland.⁴⁵ En de IJsselmeerziekenhuizen, eveneens het product van een fusie, krijgen inmiddels miljoenen euro's steun toebedeeld om overeind te blijven. De voorwaarden voor steunverlening in de zorg zijn op dit moment slechts schetsmatig geregeld.⁴⁶ In het bijzonder is niet duidelijk welk publiek belang met steunverlening wordt gediend, omdat in Nederland de continuïteit van zorg aan de kant van de aanbieders niet is genormeerd⁴⁷ (aan de kant van de verzekeraars kan ten minste worden gewezen op de (rudimentaire) zorgplicht van artikel 11 Zorgverzekeringswet). Omdat voldoende garanties van een duidelijk gedefinieerd minimum voorzieningenniveau ontbreken, is het wellicht logisch dat het op dit moment politiek onaanvaardbaar is als ziekenhuizen verdwijnen en dat in ieder geval geen locaties worden opgeheven.

Tegelijkertijd bestaat voor zover er sprake is van staatsmiddelen (wat bij ziekenhuizen ook het geval zal zijn omdat de steun in feite verleend wordt via het

39. Dit alleen al omdat fusiepartners de vragende partij zijn en doorgaans onder tijdsdruk staan (zij het dat dit laatste bij de huidige stand van ontwikkeling in de zorg minder speelt, zie hiervoor noot 12).

40. Zaak 6141, *Evean – Philadelphia – Woonzorg Nederland*, besluit RvB NMa van 1 april 2008.

41. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 420, nr. 2 (motie) en nr. 8 (brief van de minister van 30 juni 2008).

42. Europese Commissie, Richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, *Pb. EU* 2008, C 265/6.

43. Vergelijk (positief) NZa Research Paper nr. 10 (2008), *Efficiency gains from mergers*; (kritisch) M. Bijlsma e.a., CPB Document 167 (2008), *Vertical relationships between health insurers and healthcare providers*.

44. *NRC Handelsblad* 17 februari 2009, p. 2.

45. *NRC Handelsblad* 12 februari 2009, p. 2 (gebaseerd op gegevens van Zindata).

46. Zie bijvoorbeeld NZa Beleidsregel CI-982/CA-174 steunverlening aan instellingen met financiële problemen (<www.nza.nl/aanbieder/verpleging_en_verzorging/beleidsregels/>).

47. De enige norm die feitelijk bestaat, is de aanrijdtijd van 45 minuten voor behandeling in een centrum voor spoedeisende eerste hulp (SEH) in artikel 3.1.1. van de beleidsregels acute zorg, op basis van artikel 4 WTZi (Regeling van de minister van VWS van 9 juli 2007, nr. MC-U-2776561 houdende vaststelling van beleidsregels ex artikelen 4 en 13 van de WTZi – beleidsregels WTZi).

zorgverzekeringsfonds⁴⁸) een aanmeldingsplicht, omdat het mogelijk staatssteun betreft die Europeesrechtelijk in beginsel verboden is. De IJsselmeerziekenhuizen laten ook zien dat falende fusieziekenhuizen uiteindelijk met steun overeind worden gehouden met het risico dat dit ten koste gaat van concurrenten uit de regio (het Flevoziekenhuis uit Almere, het Antonius Ziekenhuis uit Sneek en het St.-Jansdal Ziekenhuis uit Harderwijk) die bereid zijn zelf te investeren.⁴⁹ Zo kunnen door steun de concurrentieverhoudingen wéér worden verstoord. En dit terwijl een overname bij (dreigend) faillissement een van de weinige concrete toetredingsmogelijkheden is in de Nederlandse ziekenhuismarkten. Zo ontstaat het perverse effect: slecht doordachte fusies en falende besturen monden uit in staatssteun in naam van publieke belangen zonder dat deze laatste op enig moment sluitend gegarandeerd worden.⁵⁰

Tegelijkertijd is duidelijk dat naarmate fusies gemakkelijker worden toegestaan uiteindelijk ziekenhuizen kunnen ontstaan met een schaal die inderdaad op regionaal niveau problemen met betrekking tot de continuïteit en bereikbaarheid van zorg oplevert als ze zouden verdwijnen. Concurrenten zijn er dan niet meer, of zijn niet in staat de extra zorgvraag te dekken. In deze context zou dan ook moeten gelden: *too big too fail means too big to exist*.⁵¹ Ook dit aspect moet in de fusietoets moeten meegewogen.

Oplossingen

Hoe kunnen we de hierboven gesignaleerde problemen tegengaan?

Er is zeker iets te zeggen voor een zwaardere rol voor de NZa. Dit was al ook de conclusie van de RVZ, die aanraadt om in het samenwerkingsprotocol tussen de NMa en de NZa vast te leggen dat de eerste alleen gemotiveerd afwijkt van de zienswijze van de laatste. De RVZ meende dat de NZa al was overgegaan tot het publiceren van haar zienswijzen. Dit laatste is niet structureel het geval, terwijl dat natuurlijk wel zo zou moeten zijn. De RVZ was echter

tégen een aparte fusietoets voor de zorg zoals die nu in overweging is gegeven aan de Raad van State.

Een denkbaar alternatief is dat niet een andere toets voor de NMa wordt geformuleerd maar een extra beoordeling door de NZa plaatsvindt op zorginhoudelijke gronden met heldere normen en toetsingskaders. Ook bij andere markten met bijzondere karakteristieken wordt een dergelijk model gebruikt. Zo heeft de DNB een dergelijke verantwoordelijkheid bij bankfusies, in het kader van het prudentiële toezicht. Dit vereist wel dat de bijzondere publieke belangen duidelijk omschreven zijn (aan een politiek pandemonium bij iedere zorgfusie heeft niemand behoefte), alleen al omwille van de regulerings- en dus investeringszekerheid.

Het is nog een open vraag hoe de publieke belangen die de NZa behartigt – betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit – vervat kunnen worden in het consumentensurplus waarop de NMa zich richt. Maar zelfs als de zorgdoelen om te schrijven zijn naar consumentensurplus, dan geldt nog steeds dat alle zorgdoelen achteruit kunnen gaan als gevolg van een fusie, alleen niet zo significant en evident aantoonbaar dat de NMa er een stokje voor kan steken. Wij achten dat niet acceptabel. Een separate toets bij de NZa kan borgen dat alleen fusies die in het belang zijn van de zorgconsument doorgaan. De schade van een mislukte fusie slaat immers neer op consumenten.

Om een rationalisering van de discussie over de publieke dienst mogelijk te maken is voorts een duidelijke afbakening daarvan noodzakelijk. Het gaat dan om:

- continuïteit van zorg;
- planning/capaciteit/spreading;
- het toekennen van vitale functies.

Hiermee worden de tot nu toe te weinig gestructureerde argumenten met betrekking tot spreading en continuïteit kritisch bekeken en waar nuttig verwerkt tot een coherent beleid. Dit laatste is behalve in de fusiecontext ook van belang met betrekking tot bijvoorbeeld de steunverlening en de toepassing van de staatssteunregels op de Nederlandse zorg. Niet alleen Europeesrechtelijk gezien, maar ook voor wat betreft de toepassing van de Nederlandse Mededingingswet verdient het dan de voorkeur om te kiezen voor de vorm van diensten van algemeen economisch belang.

Tot slot is flankerend beleid noodzakelijk. Ten eerste door toetreding te bevorderen (maakt fusies minder schadelijk), om te beginnen door het toestaan van winstuitkering: juist toetreders hebben extern kapitaal nodig en dat zal moeilijk te vinden zijn zonder zicht op rendement. Ten tweede door te stoppen met steunverlening voor falende marktpartijen die ten koste gaat van de ruimte voor doelmatige concurrenten. Ten derde door de rol van maatschappen van medische specialisten te heroverwegen (want die rol verkleint thans de eventuele voordelen van fusies). En ten slotte door de corporate governance in de zorg op de schop te nemen (zodat eventuele fusiebesluiten op zuivere gronden genomen kunnen worden). ■

48. De NZa verhoogt tijdelijk het budget van de instelling, hetgeen wordt bekostigd door de zorgverzekeraars naar rato van de afgenomen omzet. Dit wordt later gecompenseerd uit het Zorgverzekeringsfonds, gevoed door inkomensgerelateerde premieheffing. Bij AWBZ-instellingen wordt door het regionale zorgkantoor steun verstrekt uit de Centrale Kas, eveneens gevoed door inkomensgerelateerde premieheffing.

49. Wel probeert de NZa in haar jongste steunbesluit rekening te houden met de concurrentie. Zo is bepaald dat de steun niet mag worden aangewend ten bate van de vestigingen in Emmeloord (waar vanuit Sneek het grootste concurrentiebelang bestaat) en Dronten (waar hetzelfde geldt vanuit Harderwijk). NZa-besluit inzake de aanvraag om steunverlening ten behoeve van de Stichting IJsselmeerziekenhuizen, 2 februari 2009. Het Flevoziekenhuis heeft hieraan niets voor haar ambities in Lelystad.

50. Er zijn mogelijk ook ongewenste effecten op de zorgverzekeringsmarkt: in de IJsselmeercasus geldt dit bijvoorbeeld voor de gevolgen op de verhouding tussen de regionaal toonaangevende verzekeraar Achmea, en de Friesland als toetreder.

51. Vrij naar Vermont's Senator Bernie Sanders, in de hoorzittingen over de Amerikaanse kredietcrisis. <<http://sanders.senate.gov/news/record.cfm?id=303313>>.

Artikel

Zorgfusies getoetst

Een juridisch perspectief

Mr. M. Snoep, mr. D. Schrijvershof en mr. S. Chamalaun*

Bij de toetsing van zorgfusies door de NMa komt een aantal onderwerpen geregeld terug. In deze bijdrage zullen de belangrijkste onderwerpen worden besproken. Ook bespreken wij twee onderwerpen die nog niet of weinig aan de orde zijn geweest, maar die in de toekomst wel eens in belang zouden kunnen toenemen, meer in het bijzonder vanwege het recente besluit van de NMa in de zaak van de Zeeuwse ziekenhuizen.¹

Onderscheid *cure* en *care* zaken

Binnen de ruime categorie zorgfusies kan een onderscheid worden gemaakt tussen *care* en *cure* zaken. *Cure* zaken betreffen concentraties van organisaties die hoofdzakelijk op genezing gericht zijn. Het overgrote deel van de *cure* zaken ziet op fusies tussen ziekenhuizen of GGZ-instellingen. *Care* organisaties zijn voornamelijk gericht op verzorging en niet hoofdzakelijk op genezing, zoals verzorgingshuiszorg of thuiszorg. Deze bijdrage ziet alleen op *cure* zaken.

* Mr. M. Snoep is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek. Mr. D. Schrijvershof is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek. Mr. S. Chamalaun is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek. De auteurs zijn als advocaat betrokken geweest bij een aantal van de in dit artikel genoemde zaken, waaronder de fusie tussen de ziekenhuizen in het Gooi en Zeeland en de fusie tussen de GGZ-instellingen in Amsterdam en Rotterdam.

1. Besluit 25 maart 2009, zaak 6424, *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen*.

Achtergrond

Sinds 2004 heeft de NMa 26 *cure* fusies inhoudelijk beoordeeld.² Voor die tijd zijn geen concentraties van GGZ-instellingen bij de NMa gemeld en onthield de NMa zich van een inhoudelijk oordeel over de effecten van concentraties van ziekenhuizen³. Bij ieder van die ziekenhuiszaken stelde de NMa vast dat gelet op de invloed van de stringente wet- en regelgeving alsmede de toepassing daarvan, van overheidswege daadwerkelijke mededinging tussen ziekenhuizen was uitgesloten of in ieder geval ziekenhuizen van overheidswege de mogelijkheid werd ontnomen elkaar noemenswaardig te beconcurreren.⁴ In 2004 concludeerde de NMa dat het concentratie-

2. De concentratie tussen Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen die twee keer ter beoordeling aan de NMa is voorgelegd, wordt hierin eenmaal meegeteld.
3. Besluit 5 juni 1998, zaak 165, *Sophia Ziekenhuis – Ziekenhuis/Verpleeghuis De Weezenlanden*, besluit 20 augustus 1998, zaak 1000, *Drechtsteden Ziekenhuis/Merwede Ziekenhuis*, besluit 10 september 1998, zaak 1013, *Stichting Twenteborg Ziekenhuis – Stichting Streekziekenhuis Midden-Twente*, besluit 16 augustus 1999, zaak 1419, *Stichting Sint-Clara Ziekenhuis en Stichting Zuiderziekenhuis Rotterdam*, besluit 31 januari 2000, zaak 1675, *Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Stichting Ziekenhuis Velp/Stichting De Katholieke Ziekeninrichtingen voor de Liemers*, besluit 28 augustus 2000, zaak 1756, *Academisch Ziekenhuis Groningen/Stichting Beatrixoord*, besluit 4 oktober 2000, zaak 2090, *Stichting Pasteurziekenhuis/Stichting Ignatius – Ziekenhuis/Stichting Interconfessioneel Ziekenhuis De Baronie*, besluit 24 juli 2001, zaak 2589, *Stichting Diaconessenhuis Eindhoven/Stichting Sint-Joseph Ziekenhuis*, besluit 22 oktober 2001, zaak 2444, *BMC/CLZ*, besluit 14 maart 2002, zaak 2877, *Stichting Sint-Antonius Ziekenhuis/Stichting Mesos Medisch Centrum*.
4. Bijvoorbeeld besluit 14 maart 2002, zaak 2877, *Stichting Sint-Antonius Ziekenhuis/Stichting Mesos Medisch Centrum*, randnummer 8.

toezicht ook van toepassing is op het aanbod van ziekenhuiszorg.⁵

Met ingang van 1 januari 2008 zijn de omzetrempels voor concentraties van zorginstellingen verlaagd. Zoals zichtbaar is in tabel 1 is sindsdien met name het aantal gemelde GGZ-zaken toegenomen.

Tabel 1 Aantal gemelde GGZ-zaken

Cure ¹	Meldingen 1/1/98 – 31/12/07	Meldingen na 1/1/2008	Totaal
GGZ	9	7	16
Ziekenhuis	18	2	20

¹ Dit zijn alleen zaken waarin de NMa ook een besluit heeft genomen. Zaken waarvan de melding of de vergunningaanvraag door partijen weer is ingetrokken, zijn hierin niet meegenomen.

De behandeling door de NMa van zorgfusies duurt gemiddeld genomen langer dan die van overige zaken. Dat heeft niet noodzakelijkerwijs te maken met de moeilijkheidsgraad van de zaken of het aantal vragen dat de NMa stelt. Een belangrijke factor is in onze ervaring dat in vergelijking met ondernemingen in andere sectoren, zorginstellingen langduriger fusietrajecten kennen en daardoor vaak minder haast maken bij de beantwoording van vragen. De termijn voor het nemen van het besluit door de NMa blijft dan ook relatief lang opgeschort (zie tabel 2).

Relevante thema's

Vanaf het moment dat de NMa in 2004 het eerste inhoudelijke besluit ten aanzien van een fusie van zorginstellingen in de *cure* sector nam, zijn verschillende thema's aan de orde gekomen. De voor de praktijk meest interessante thema's zijn de betrokken omzet, de drempelverlaging, de afbakening van de relevante markt en potentiële concurrentie, inkoopmacht van de zorgverzekeraars en de rol van de NZa/IGZ.

De betrokken omzet

Naar aanleiding van de fusie in 2006 van twee Rotterdamse GGZ-instellingen, werd de NMa gevraagd of de omzet behaald met het aanbieden van zorg op basis van de Wet Bijzondere Opnemings Psychiatrische Ziekenhuizen (Wet Bopz) mee moet worden genomen bij de vraag of de omzetrempels uit de Mededingingswet worden overschreden. De NMa kwam tot de conclusie dat dit niet het geval is. Volgens de NMa zijn de activiteiten van GGZ-instellingen in het kader van de Wet Bopz onlosmakelijk verbonden met de uitoefening van overheidsprerogatieven. De Wet Bopz biedt bij dwangopneming en in dat kader geboden zorg geen commerciële speelruimte.⁶ In dit

kader ging de NMa na of aanbieders van Bopz-zorg geen mogelijkheid hebben om met enige vorm van marktgedrag, zoals beslissingen aangaande aanbod, prijs, kwaliteit en capaciteit, de vraag naar dwangverpleging te beïnvloeden of op deze vraag in te spelen. Aangezien dat niet het geval is, kwalificeerde het aanbieden van Bopz-zorg volgens de NMa (anders dan andere zorg verleend door GGZ-instellingen) niet als een ondernemingsactiviteit in de zin van de Mededingingswet en dient de omzet die met Bopz-zorg wordt behaald buiten beschouwing te blijven.⁷

Als gevolg hiervan was niet alleen bij twee fuserende Rotterdamse GGZ-instellingen geen sprake meer van een meldingsplichtige concentratie, dat gold onder andere ook voor de fusie van twee GGZ-instellingen in Noord-Holland die op dat moment ook bij de NMa in behandeling was.⁸

De verlaging van de omzetrempels

In het geval de Rotterdamse en de Noord-Hollandse GGZ-instellingen ongeveer twee jaar later het plan te fuseren zouden hebben opgevat, waren deze fusies naar alle waarschijnlijkheid wel door de NMa getoetst. Op 1 januari 2008 zijn de omzetrempels uit artikel 29 Mededingingswet voor concentraties van zorgaanbieders verlaagd.⁹

De drempelverlaging is echter niet van toepassing op alle zorgdiensten die worden aangeboden. Bovendien kunnen diensten die intuïtief niet te kwalificeren zijn als zorg, voor deze doeleinden toch als zorg worden aangemerkt. Voor fuserende zorgaanbieders geldt dan ook dat zorgvuldig nagegaan moet worden of de diensten die zij aanbieden onder de reikwijdte van de drempelverlaging vallen, of dat dit voor bepaalde delen van het zorgaanbod niet geldt. Dat dit in de praktijk niet altijd eenvoudig is, blijkt uit het feit dat onlangs de fusie van Bouman GGZ en De Kijvelanden bij de NMa werd gemeld terwijl deze partijen volgens de NMa de verlaagde omzetrempels niet bleken te halen.¹⁰ Ook voor aanbieders van aan zorg gerelateerde diensten is het van belang na te gaan of hun activiteiten niet onder de reikwijdte van de drempelverlaging vallen.

5. Visiedocument NMa Concurrentie in de ziekenhuiszorg, januari 2004 en besluit 28 januari 2004, zaak 3524, *Juliana Kinderziekenhuis-Rode Kruis Ziekenhuis/Leyenburg Ziekenhuis*.

6. Besluit 11 juli 2006, zaak 5660, *GGZ Groep Europort/Bavo RNO Groep*, randnummer 21.

7. Ibidem, randnummer 26.

8. Besluit 11 augustus 2006, zaak 5723, *GGZ Buitenamstel/Stichting de Geestgronden*.

9. Besluit van 6 december 2007, houdende tijdelijke verruiming toepassingsbereik concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verrichten, *Stb.* 2007, 518. In artikel 1 lid 1 van het Besluit is opgenomen:

Bij concentraties waarbij ten minste twee van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande kalenderjaar met het verlenen van zorg, als bedoeld in het tweede lid, ieder afzonderlijk een omzet hebben behaald van meer dan EUR 5.500.000, worden de bedragen, bedoeld in artikel 29 eerste lid van de Mededingingswet, als volgt verlaagd:

a. het bedrag van EUR 113.450.000 wordt verlaagd tot EUR 55.000.000
b. het bedrag van EUR 30.000.000 wordt verlaagd tot EUR 10.000.000.

In artikel 1 lid 2 van het Besluit is opgenomen:

a. zorg als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel a tot en met l, van het Besluit zorgaanspraken AWBZ;
b. zorg als bedoeld in artikel 10 van de Zvw;
c. zorg als bedoeld in artikel 1, onderdeel h, van de Wet maatschappelijke ondersteuning.'

10. Besluit 3 december 2008, zaak 6529, *Bouman GGZ/ De Kijvelanden*.

Tabel 2 Termijn voor het nemen besluit NMa

Aantal dagen tussen de melding/aanvraag en het besluit v/d NMa	GGZ zaken ¹	Ziekenhuis ² zaken vanaf 2004	Alle cure ³ zaken
Gemiddelde duur 1ste fase (vanaf 2004, exclusief fusies 'niet binnen werkingsfeer')	80	61 ⁴	67
Gemiddelde duur 2de fase	189	195	193

- 1 Besluit 1 september 2004, zaak 3865, *Rijngest/Robert Fleury*, besluit 11 juli 2006, zaak 5660, *GGZ Groep Europoort/Bavo RNO Groep*, besluit 11 augustus 2006, zaak 5723, *GGZ Buitendam/Stichting de Geestgronden*, besluit 6 september, zaken 5716 en 5735, *Evean Groep/GGZ Drenthe en Evean Groep/ GGZ Drenthe/Zorggroep Meander*, besluit 2 november 2006, zaak 5632, *GGZ Noord-Holland-Noord/GGZ Dijk en Duin*, besluit 7 maart 2007, zaak 5979, *Parnassia/Bavo Europoort*, besluit 25 juli 2007, zaak 5775, *Adhesie/Mediant/RIAGGZ over de IJssel/Zwolve Poort*, besluit 3 augustus 2007, zaak 6068, *AMC de Meren/JellinekMentrum*, besluit 18 maart 2008, zaak 6234, *Forum GGZ Nijmegen De Gelderse Roos*, besluit 16 april 2008, zaak 6068, *AMC de Meren/JellinekMentrum*, besluit 29 april 2008, zaak 6343, *Parnassia Bavo Groep/ GGZ Dijk en Duin*, besluit 8 augustus 2008, zaak 6365, *Stichting Meerkanten GGZ Flevo-Veluwe/Stichting Symfona Groep*, besluit 12 september 2008, zaak 6457, *Altrecht/Maliebaan*, besluit 3 december 2008, zaak 6529, *Bouman GGZ/ De Kijvelanden*, besluit 5 december 2008, zaak 6555, *GGZ Noord-Holland-Noord/GGZ-centrum Westfriesland*, besluit 15 januari 2009, zaak 6557, *Meander Medisch Centrum/Symfona Groep/Symfona Meander Centrum voor Psychiatrie*, besluit 22 januari 2009, zaak 6514, *RMPI/De Grote Rivieren*.
- 2 Besluit 28 januari 2004, zaak 3524, *Juliana Kinderziekenhuis-Rode Kruis Ziekenhuis/Leyenburg Ziekenhuis*, besluit 15 juli 2004, zaak 3897, *Ziekenhuis Hilversum/Ziekenhuis Gooi-Noord*, besluit 8 juni 2005, zaak 3897, *Ziekenhuis Hilversum/Ziekenhuis Gooi-Noord*, besluit 8 juni 2005, zaak 5047, *Erasmus MC/Havenziekenhuis*, besluit 18 november 2005, zaak 5196, *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen*, besluit 19 februari 2007, zaak 5935, *Laurentius Ziekenhuis Roermond/St.-Jans Gasthuis*, besluit 19 juli 2007, zaak 6115, *Stichting Schiedamse en Vlaardingse Ziekenhuizen/Medisch Centrum Rijnmond Zuid*, besluit 13 september 2007, zaak 5886, *MCA/Gemini*, besluit 29 februari 2008, zaak 6260, *Groene Hart Ziekenhuis/Zorgpartners Midden Holland*, besluit 6 maart 2008, zaak 6251, *Erasmus MC/Kraamzorg Rotterdam/Geboortecentrum Rotterdam*, besluit 29 april 2008, zaak 6284, *St.-Lucas/Delfzicht*, besluit 23 juli 2008, zaak 6424, *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen*, besluit 25 maart 2009, zaak 6424, *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen*.
- 3 Gemiddelde duur van alle concentraties van ziekenhuizen na 2004 en van alle GGZ-instellingen.
- 4 Bij het berekenen van de gemiddelde duur is zowel zaak 5196 *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen* als zaak 6424 *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen* meegenomen

Aan zorg gerelateerde diensten, zoals ambulancevervoer, kunnen immers binnen de reikwijdte van de drempelverlaging vallen.¹¹

Productmarkt

Vanaf de eerste inhoudelijke beoordeling van een concentratie van ziekenhuizen¹² ging de NMa, op grond van overwegingen met betrekking tot vraag - en aanbodsubstitutie en verschillen in toetredingsdrempels, uit van aparte relevante productmarkten voor klinische en niet-klinische ziekenhuiszorg.¹³ Of bij een nadere afbakening van de productmarkt ook uitgegaan moet worden van de verschillende specialismen binnen het ziekenhuis of dat vanwege mogelijke aanbods substitutie sprake is van een markt voor klinische en een markt voor niet-klinische algemene ziekenhuiszorg, heeft de NMa echter in het midden gelaten.¹⁴ Hoewel de NMa deze knoop nog niet definitief lijkt te hebben doorgehakt, gaat de NMa bij de beoordeling van concentraties van ziekenhuizen vooralsnog uit van een productmarkt voor klinische en een productmarkt voor niet-klinische algemene ziekenhuiszorg, waarbij dagbehandelingen worden gerekend tot de markt voor niet-klinische algemene ziekenhuiszorg.¹⁵ In de *Gooise ziekenhuiszaak* gaf de NMa aan dat het mogelijk nadere onderscheid naar specialismen achterwege kon blijven omdat de fuserende ziekenhuizen een gelijkwaardig aanbod kennen met als gevolg dat een beoordeling per specialisme niet zal afwijken van een beoordeling die uitgaat van een markt voor algemene ziekenhuiszorg.¹⁶ Onze verwachting is dat het laatste woord over dit punt nog niet is gezegd, zeker indien ziekenhuizen zich meer gaan specialiseren.

De afbakening van de productmarkten door middel van het onderscheid in klinische en niet-klinische zorg is

11. In artikel 2 van het Besluit van 6 december 2007 houdende tijdelijke verruiming toepassingsbereik concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verrichten wordt verwezen naar artikel 10 Zvw. Onder artikel 10 Zvw valt ook ambulancevervoer dat kan, zo volgt immers uit artikel 10 onder h Zvw, worden aangemerkt als 'vervoer in verband met het ontvangen van zorg of diensten als bedoeld in de onderdelen a tot en met g van artikel 10 Zvw, dan wel in verband met een aanspraak op grond van de AWBZ als bedoeld in artikel 10 Zvw sub h'. Het feit dat bij de verwijzing naar artikel 10 Zvw in artikel 1 lid 2 onder b van het Besluit van 6 december 2007 iedere beperking ontbreekt (bijvoorbeeld door slechts op te nemen zorg als bedoeld in artikel 10, onderdeel a tot en met g, Zvw), terwijl een dergelijke beperking wel is aangebracht in artikel 1 lid 2 onder c van het Besluit van 6 december 2007 versterkt het beeld dat het niet de bedoeling is geweest ambulancevervoer uit te sluiten van de werking van het Besluit van 6 december 2007.
12. Besluit 28 januari 2004, zaak 3524, *Juliana Kinderziekenhuis-Rode Kruis Ziekenhuis/Leyenburg Ziekenhuis*, randnummer 48.
13. Volgens de NMa is sprake van niet-klinische zorg wanneer een patiënt via een poliklinische behandeling of dagopname binnen 24 uur kan worden geholpen. Bij een klinische behandeling wordt de patiënt langer dan 24 uur opgenomen in het ziekenhuis.
14. Besluit 28 januari 2004, zaak 3524, *Juliana Kinderziekenhuis-Rode Kruis Ziekenhuis/Leyenburg Ziekenhuis*, randnummer 45-48 en besluit 15 juli 2004, zaak 3897, *Ziekenhuis Hilversum/Ziekenhuis Gooi-Noord*, randnummer 13.
15. Zie ook besluit 8 juni 2005, zaak 3897, *Ziekenhuis Hilversum - Ziekenhuis Gooi-Noord*, randnummer 52 en besluit 25 maart 2009, zaak 6424, *Ziekenhuis Walcheren - Oosterscheldeziekenhuizen*, randnummer 17.
16. Bijvoorbeeld besluit 18 november 2005, zaak 5196, *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen*, randnummer 11 en besluit 29 april 2008, zaak 6284, *St. Lucas/ Delfzicht*, randnummer 13.

door de NMa ook gevolgd bij de beoordeling van concentraties van GGZ-instellingen.¹⁷ Een belangrijke vraag bij fusies tussen GGZ-instellingen is of de NMa rekening dient te houden met concurrentiedruk van vrijgevestigde beroepsbeoefenaren. De NMa gaf oorspronkelijk aan dat op de markt voor niet-klinische GGZ nauwelijks noemenswaardigere concurrentiedruk viel te verwachten van vrijgevestigde psychiaters en psychotherapeuten.¹⁸ Daar kwam verandering in toen de NMa bij de fusie van twee Amsterdamse GGZ-instellingen in de tweede fase concludeerde dat sprake is van één heterogene productmarkt voor niet-klinische GGZ, waarop geïntegreerde GGZ-instellingen onderling, met vrijgevestigde psychiaters en psychotherapeuten en met niet-geïntegreerde GGZ-instellingen concurreren.¹⁹

Geografische markt en potentiële concurrentie

Dat de afbakening van de relevante geografische markt en potentiële concurrentie vanuit aanpalende gebieden (ook) bij zorgconcentraties van doorslaggevende betekenis kunnen zijn, werd duidelijk in de eerste tweedefasebeoordeling van een ziekenhuisfusie (Ziekenhuis Hilversum en Ziekenhuis Gooi-Noord²⁰) in 2004.

In deze zaak bakende de NMa in de eerste fase de geografische markt af door gebruik te maken van de Elzinga-Hogarty-test (EH-test).²¹ Hoewel als gevolg hiervan goedkeuring in de eerste fase uitbleef, gaf de NMa aan dat de EH-test bepaalde beperkingen kent. Zo merkte de NMa op dat de EH-test is gebaseerd op gerealiseerde patiëntenstromen en de test hiermee een statisch karakter heeft. De gegevens over patiëntenstromen zijn impliciet gebaseerd op keuzegedrag van patiënten die hun keuze hebben gebaseerd op de bestaande situatie (vóór de concentratie van de ziekenhuizen). De EH-test meet dan ook niet hoe patiënten dit keuzegedrag zullen aanpassen bij bijvoorbeeld een ervaren daling van het kwaliteitsniveau

van de aangeboden diensten door de Gooise ziekenhuizen.²²

De beperkingen van de EH-test waren volgens de NMa door onderzoek dat uitgaat van een meer dynamische benadering te ondervangen. Bij de dynamische benadering zal de focus van het onderzoek liggen op de vraag waar patiënten heen kunnen gaan en bereid zijn heen te gaan in het geval zich een prikkel voordoet om van zorgaanbieder te wisselen, bijvoorbeeld een gepercipieerde kwaliteitsdaling.²³

In de vergunningfase kwamen verschillende door partijen en de NMa geïnitieerde onderzoeken aan de orde waarin is onderzocht of patiënten uit het Gooi bij een waargenomen kwaliteitsvermindering, naar verder weg gelegen ziekenhuizen dan de Gooise ziekenhuizen zullen uitwijken.²⁴ De NMa kwam tot de conclusie dat de resultaten van deze onderzoeken, samen met de geografische ligging van diverse ziekenhuizen ten opzichte van het Gooi het aannemelijk maakt dat verschillende ziekenhuizen concurrentiedruk uitoefenen op de Gooise ziekenhuizen en die ziekenhuizen (zoals het UMC Utrecht en het AMC Amsterdam) op grond van de reisbereidheid van patiënten uit het Gooi als alternatieven voor de Gooise ziekenhuizen moeten worden beschouwd.²⁵

Met de beoordeling van de fusie van de Gooise ziekenhuizen is blootgelegd dat aan het statische karakter van de EH-test het nadeel kleefte dat onvoldoende rekening wordt gehouden met de reisbereidheid van de patiënten waarmee het risico bestaat dat fusies van *cure* instellingen ten onrechte worden verboden.

Ook in GGZ-zaken speelden vergelijkbare aspecten. Bij de eerste beoordeling van een fusie van GGZ-instellingen in 2004, gaf de NMa aan dat Nederland in het verleden volgens de Wet op de Ziekenhuisvoorzieningen was verdeeld in 27 gezondheidsregio's. Deze indeling in regio's leidde tot wettelijk afgebakende verzorgingsgebieden voor GGZ-instellingen. Met het wegvallen van deze grenzen werd toetreding tot de regio van andere GGZ-instellingen mogelijk. Aangezien uit het marktonderzoek van de NMa bleek dat GGZ-instellingen zich desondanks op hun oorspronkelijke regio's bleven richten en dit ook als definiëring van hun verzorgingsgebied beschouwden,

17. Besluit 1 september 2004, zaak 3865, *Rijneest/Robert Fleury*, randnummer 26.

18. Bijvoorbeeld besluit 2 november 2006, zaak 5632, *GGZ Noord-Holland-Noord/GGZ Dijk en Duin*, randnummer 129.

19. Besluit 16 april 2008, zaak 6068, *AMC de Meren/JellinekMentrum*, randnummer 14.

20. Besluit 15 juli 2004, zaak 3897, *Ziekenhuis Hilversum - Ziekenhuis Gooi-Noord*.

21. Met de EH-test probeert de NMa een geografisch gebied af te bakenen waarvoor geldt dat het grootste gedeelte van de goederen/dienstenstroom zich binnen het betreffende gebied afspeelt. Bij toepassing van de EH-test in de Gooise zaak geeft de NMa aan dat in de eerste plaats wordt gekeken naar de mate waarin ziekenhuisdiensten van buiten een bepaald gebied worden geïmporteerd (de zogenaamde *little in from outside*, hierna: LIFO score). Vervolgens wordt onderzocht in welke mate ziekenhuizen die gevestigd zijn in het afgebakende gebied hun diensten afzetten buiten dit gebied (de zogenaamde *little out from inside*, hierna: LOFI-score). De LOFI-score geeft een indicatie van de mate waarin ziekenhuizen uit het afgebakende gebied hun afzet realiseren via patiënten woonachtig buiten dat gebied. Een lage LOFI-score kan wijzen op een geografisch gebied dat ruimer is dan dat op grond van de (hoge) LIFO-score resulteert. Indien ziekenhuizen binnen het afgebakende gebied een sterke positie hebben (een hoge LIFO-score), dienen zij immers – wanneer er sprake is van een lage LOFI-score – nog wel rekening te houden met de mogelijke reacties van patiënten van buiten het gebied. Patiënten van buiten het afgebakende gebied hebben namelijk mogelijk meer nabijgelegen alternatieven in hun keuze voor een ziekenhuis dan patiënten binnen het gebied.

22. Besluit 15 juli 2004, zaak 3897, *Ziekenhuis Hilversum - Ziekenhuis Gooi-Noord*, randnummer 36.

23. *Ibidem*, randnummer 38.

24. Onderzoeksbureau SEO heeft in opdracht van de NMa onderzoek uitgevoerd naar de omvang van de relevante geografische markt. Hierbij is naast onderzoek naar het gebleken reisgedrag, ook aandacht besteed aan de reisbereidheid van patiënten in het Gooi waarbij SEO in haar onderzoek een hypothetische verslechtering van het aanbod op de volgende drie manieren benadert. Ten eerste wordt reistijd gebruikt als benadering voor de prijs die patiënten betalen voor hun zorgdiensten. Vervolgens wordt de reactie van de vraag op een afname van een drietal kwaliteitsfactoren onderzocht. Ten slotte is onderzocht hoe patiënten de keuze voor het ziekenhuis laten beïnvloeden door een stijging van de verzekeringspremie die ze voor het zorgproduct van de ziekenhuizen moeten betalen. Onderzoeksbureau Oxera is door de Gooise Ziekenhuizen gevraagd om een onafhankelijke beoordeling te geven van het rapport van SEO. Ook hebben de Gooise Ziekenhuizen Lexecon onderzoek laten verrichten naar de omvang van de relevante geografische markt door gebruik te maken van de op de *SSNIP test* gebaseerde *critical loss* analyse.

25. Besluit 8 juni 2005, zaak 3897, *Ziekenhuis Hilversum - Ziekenhuis Gooi-Noord*, randnummer 111.

kwam de NMa in dit besluit tot de conclusie dat de relevante geografische markt werd gevormd door het verzorgingsgebied van een GGZ-instelling.²⁶

Met deze benadering gebaseerd op verzorgingsgebieden leek in 2006 ook voor een fusie van twee GGZ-instellingen in Noord-Holland ten noorden van het Noordzeekanaal goedkeuring in de eerste fase in het verschiet te liggen.²⁷ Hoewel de NMa in de eerste fase concludeerde dat geen sprake was van overlap van de verzorgingsgebieden van de betrokken instellingen, bleef goedkeuring voor de fusie toch uit. Volgens de NMa was sprake van een sector in transitie, waardoor meer marktwerking en transparantie op de betrokken relevante markten zou gaan ontstaan. De NMa gaf aan dat hierdoor patiënten in de toekomst meer geprikkeld zouden worden om te kiezen voor een GGZ-instelling buiten hun eigen omgeving en door de fusie zou de meest voor de hand liggende alternatieve instelling wegvallen. Potentiële concurrentiedruk van GGZ-instellingen met locaties ten zuiden van het Noordzeekanaal was volgens de NMa geen alternatief. Het kanaal wordt als natuurlijke en sociaal-culturele barrière gezien.²⁸ De meldende partijen hebben vervolgens afgezien van het indienen van een vergunningaanvraag.²⁹

Nadien heeft de NMa vanwege de (potentiële) concurrentiedruk van instellingen uit aangrenzende regio's een fusie wel goedgekeurd. Zo gaf de NMa in 2008 in de vergunningfase – zonder daarbij enige voorwaarden te stellen – groen licht voor de fusie van twee Amsterdamse

GGZ-instellingen. Bij de beoordeling van deze fusie diende volgens de NMa de klinische capaciteit van GGZ-instellingen die ook buiten de regio Amsterdam actief zijn ook mee te wegen. In dit kader wees de NMa erop dat concurrentiedruk uitgaat van het feit dat een concurrerende instelling in de Amsterdamse regio haar patiënten intern kan doorverwijzen en opnemen in vestigingen in Amstelveen, Bennebroek en Haarlem.³⁰

Inkoopmacht zorgverzekeraars

Bij concentraties van zorginstellingen hebben partijen regelmatig aangevoerd dat de zorgverzekeraars over inkoopmacht beschikken waarmee tegenwicht wordt geboden in het geval de fuserende partijen na de fusie de prijzen zouden verhogen of de kwaliteit zouden verlagen.³¹ Dit betoog is door de NMa tot nu toe vrij consequent terzijde geschoven.³² Hierbij wees de NMa onder andere op het bestaan van een contracteerplicht voor klinische zorg en een contracteerbeleid waarbij de aanbieders bij gelijkblijvende capaciteit konden rekenen op een productieafpraak die aansloot op de productie van het voorgaande jaar.³³ Ook wees de NMa op het feit dat zorgverzekeraars ook afhankelijk waren van de zorgaanbieders en niet de volledige afname elders zouden kunnen inkopen. De conclusie dat een beroep op inkoopmacht geen enkel effect zal kunnen sorteren gaat echter te ver. De praktijk toont namelijk ook dat de NMa bereid is (voor delen van het zorgaanbod van fuserende zorgaanbieders) te onderzoeken of zorgverzekeraars bij een prijsverhoging of kwaliteitsverlaging van de fuserende zorgaanbieders, een deel van het budget van partijen over kunnen hevelen naar één of meer andere aanbieders.³⁴ Zo gaf de NMa in 2008 in het tweedefasebesluit ten aanzien van de fusie van twee Amsterdamse GGZ-instellingen uitdrukkelijk aan, dat in beginsel geen (wettelijke) belemmeringen bestaan die het verschuiven van volume voor niet-klinische GGZ door zorgverzekeraars tussen verschillende instellingen zouden kunnen beletten.³⁵

Rol NZa/Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ)

Sinds 2006 ontvangt de NMa zienswijzen van de NZa die meegenomen kunnen worden in de mededingingsrechtelijke beoordeling van een concentratie van zorgaanbieders.³⁶ In de praktijk worden die zienswijzen ook door de NMa gevolgd. In de *cure* sector is geen geval bekend van

26. Besluit 1 september 2004, zaak 3865, *Rijneest/Robert Fleury*, randnummer 43.
27. Besluit 2 november 2006, zaak 5632, *GGZ Noord-Holland-Noord/GGZ Dijk en Duin*.
28. Ibidem, randnummers 82 en 83: 'De Geestgronden/Buitenamstel is actief op het gebied van klinische GGZ voor volwassenen en ouderen in een geografische gebied onder het Noordzeekanaal dat grenst aan de gebieden waar GGZ DD actief is. Zoals eerder aangegeven is het vooralsnog aannemelijk dat het Noordzeekanaal een dermate hoge barrière vormt dat patiënten uit de gebieden van GGZ NHN en GGZ DD niet naar gebieden zullen reizen die gelegen zijn onder het Noordzeekanaal. Volgens De Geestgronden/Buitenamstel sluit het gebied geografisch niet aan bij dat van partijen omdat "het kanaal het gebied nogal heftig scheidt". Uitbreiding boven het Noordzeekanaal (in het gebied van GGZ DD) is niet waarschijnlijk, omdat De Geestgronden/Buitenamstel daar geen klinische locatie heeft en een doorverwijzing naar Haarlem door patiënten niet zal worden geaccepteerd'.
29. De NMa heeft zich nadien bij de beboeting van Noord-Hollandse thuiszorgaanbieders voor deelname aan marktverdelingsafspraken (besluit 19 september 2008, zaak 6108, *Kennemerland*) nogmaals over de rol van het Noordzeekanaal moeten buigen. In dit boetebesluit wordt aangegeven: 'De Raad stelt vast dat de betrokken ondernemingen in reactie op de voorziene wijzigingen in de wet- en regelgeving met elkaar in overleg zijn gegaan en hebben besloten om met elkaar samen te werken in plaats van te concurreren en om daartoe twee organisaties tot stand te brengen, één onder en één boven het Noordzeekanaal'. Wanneer de betrokken thuiszorginstellingen – onder verwijzing naar het besluit ten aanzien van de fusie van de GGZ-instellingen in de kop van Noord-Holland – op het verband tussen het Noordzeekanaal als natuurlijke en sociaal-culturele barrière en de reisbereidheid van cliënten wijzen, merkt de NMa op: 'De reistijd om te komen van de voormalige woonplaats van de cliënt (die op het moment dat hij intramurale zorg ontvangt, in de instelling woont) en de instelling speelt in dat besluit daarom een heel andere rol, omdat de cliënt die reis niet meer hoeft te maken. Wel kunnen de bekendheid van de cliënt met de omgeving van de instelling en de instelling zelf factoren (naast andere) zijn, die de keuze van de cliënt kunnen beïnvloeden.' Dit is een opmerkelijke benadering aangezien ook GGZ-instellingen een klinische populatie kennen die langdurig klinische zorg afneemt.

30. Besluit 3 augustus 2007, zaak 6068, *AMC de Meren/JellinekMentrum*, randnummer 82.
31. Besluit 3 augustus 2007, zaak 6068, *AMC de Meren/JellinekMentrum*, randnummer 61 en besluit 15 juli 2004, zaak 3897, *Ziekenhuis Hilversum - Ziekenhuis Gooi-Noord*, randnummer 63.
32. Besluit 3 augustus 2007, zaak 6068, *AMC de Meren/JellinekMentrum*, randnummer 60 en besluit 3 februari 2006, zaak 4988, *Oosterlengte - Thuiszorg Groningen - Sensire*, randnummer 84 en het besluit 24 mei 2006, zaak 5603, *Zorggroep Noord-Limburg - Thuiszorg Midden-Limburg - Land van Gelre en Gulick*, randnummer 62.
33. Besluit 3 augustus 2007, zaak 6068, *AMC de Meren/JellinekMentrum*, randnummer 63.
34. Besluit 16 april 2008, zaak 6068, *AMC de Meren/JellinekMentrum*, randnummer 71.
35. Ibidem, randnummer 72.
36. Op basis van het samenwerkingsprotocol tussen de NMa en de NZa en de werkafspraken tussen de NMa en de NZa met betrekking tot concentratiezaken.

afwijking van de zienswijze.³⁷ Voor de oprichting van de NZa op 1 oktober 2006, gaf CTG/ZAio (de voorganger van de NZa) zo nu en dan een zienswijze af.³⁸ In deze zienswijzen worden de gevolgen van de voorgenoemde concentratie voor de toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van de zorg beoordeeld. Om tot een weloverwogen oordeel te komen ten aanzien van de gevolgen van een concentratie voor de kwaliteit van zorg vraagt de NZa aan IGZ op dit punt een oordeel te vellen dat door de NZa zal worden gevolgd.³⁹

Thema's die in de *cure* sector nog niet of weinig aan de orde zijn gekomen

Bij de beoordeling van concentraties van *cure* instellingen is het *failing company* verweer nog nooit en het efficiëntieverweer maar één keer – zeer recent – aan de orde gekomen. Door de financiële situatie waarin sommige zorginstellingen zich bevinden zouden deze verweren wel eens aan belang kunnen gaan toenemen. *Cure* instellingen als de IJsselmeerziekenhuizen, maar ook *care* instellingen als Meavita of gecombineerde instellingen als Orbis zijn de afgelopen periode in zeer zwaar weer beland. Een beroep op het *failing company* verweer, al dan niet gecombineerd met een efficiëntieverweer, ligt in geval van fusies met nabij gelegen instellingen dan ook voor de hand.⁴⁰

Het *failing company* verweer

Voor een succesvol beroep op het *failing company* verweer dient volgens de NMa aan de volgende drie voorwaarden te zijn voldaan: (1) de in moeilijkheden verkerende onderneming zou zonder de overname in de nabije toekomst de markt verlaten wegens financiële moeilijkheden, (2) er is geen alternatieve transactie mogelijk die de mededinging in mindere mate zou beperken en (3) zonder een overname zouden de activa van de in moeilijkheden verkerende onderneming onvermijdelijk van de markt verdwijnen.⁴¹

Ten aanzien van de voorwaarde onder (3)⁴² geeft de Europese Commissie aan dat hiermee wordt nagegaan of bij een afwikkeling van het faillissement van de falende onderneming de activa van deze onderneming niet door een andere (potentiële) concurrent zouden kunnen worden overgenomen.⁴³

Wanneer bij een overname van een falend onderdeel van een onderneming een *failing company* verweer wordt aangevoerd, wordt wel gesproken van een *failing division* verweer. Bij de beoordeling van een *failing division* verweer hanteert de Commissie een striktere toetsing van de drie voorwaarden dan bij een *failing company* verweer.⁴⁴ Een reden voor deze benadering is dat anders iedere overname van een vermeend falend bedrijfsonderdeel zou kunnen worden gerechtvaardigd door de verklaring dat het betrokken onderdeel bij het uitblijven van de transactie zou worden gesloten.⁴⁵

Indien de drie voorwaarden strikt worden gehanteerd, zijn de eisen die aan een *failing company* en *failing division* verweer worden gesteld bijzonder hoog. Er gaan dan ook stemmen op om de toepassing van het verweer niet onnodig te beperken.⁴⁶ Zo valt in de praktijk op dat, hoewel duidelijk is dat beide verweren beschikbaar behoren te zijn voor die gevallen waarbij een causaal verband tussen de fusie en de verslechtering van de mededinging ontbreekt,⁴⁷ door een strikte uitleg van de drie voorwaarden een dergelijk verweer niet vaak wordt gehonoreerd. In dit verband springt vooral de strikte toepassing in het oog van de voorwaarden dat de (activa van de) falende onderneming (1) in de nabije toekomst, (2) onvermijdelijk van de markt zal verdwijnen.⁴⁸

Aan de hand van een hypothetisch voorbeeld is te illustreren dat een strikte toetsing van deze punten juist bij een *failing company* of *failing division* verweer van zorginstellingen de consument nadelig kan raken. In ons voor-

37. In de *care* sector is wel sprake geweest van een gemotiveerde afwijking van een advies van de NZa. Zie bijvoorbeeld het besluit 1 april 2008, zaak 6141, *Evean-Philadelphia-Woonzorg Nederland*, randnummer 158 - 165.

38. Op basis van het samenwerkingsprotocol tussen de NMa en CTG/ZAio.

39. Wettelijke verplichting, artikel 19 WMG en vastgelegd in het samenwerkingsprotocol tussen IGZ en de NZa.

40. Dat het *failing company* verweer op dit moment ook voor de toezichthouders een actueel thema is, volgt onder meer uit het feit dat de Office of Fair Trading in het Verenigd Koninkrijk op 18 december 2008 ten aanzien van dit onderwerp het position paper *Restatement of OFT's position regarding acquisitions of 'failing firms'*, OFT, OFT1074, december 2008, publiceerde.

41. Richtsnoeren beoordeling horizontale fusies, 5 februari 2004, Pb. EU 2004, C 31.

42. Deze derde voorwaarde was eerst de voorwaarde dat het marktaandeel van de falende onderneming ook bij het uitblijven van de overname volledig zou toevallen aan de overnemende onderneming (dat zou immers hét bewijs zijn voor het gemis van een causaal verband tussen de overname en een mededingingsbeperkend gevolg van de overname). Dit wordt algemeen gezien als een te strikt criterium want hiermee zou een monopolie kunnen worden goedgekeurd, terwijl minder beperkende transacties ermee kunnen worden geblokkeerd. De Europese Commissie hanteert deze voorwaarde niet meer.

43. Case COMP/M.2876 *Newscorp/Telepiu* [2004] O.J. L110/73, overweging 208.

44. Case IV/M.993 *Bertelsmann/Kirch/Premiere* [1999] O.J. L53/1, overweging 71 en de bijdrage van de Commissie aan de OECD Best Practice Round Table, 'Failing company defence' OCDE/GD (96)23 Parijs 1996, p. 94.

45. N. Levy, 'The Control of Concentrations Between Undertakings', in: Valentine Korah, *Cases and Materials on EC Competition Law*, 2nd e d., Hart Publishing 2001, p. 614.

46. A. Bavasso en A. Lindsay, 'Causation in EC Merger Control', *Journal of Competition Law and Economics* 3 (2), 181-202, Oxford University Press, 17 april 2007.

47. Uit de beschikkingspraktijk van de Commissie volgt dat de drie voorwaarden als doel hebben na te gaan of de verslechtering van de (structuur van de) mededinging die een reddingsfusie teweeg brengt op zijn minst genomen niet slechter is dan bij de afwezigheid van de reddingsfusie. Zie ook Case COMP/M.2876 *Newscorp/Telepiu* [2004] O.J. L110/73, overweging 209.

48. A. Bavasso en A. Lindsay, 'Causation in EC Merger Control', *Journal of Competition Law and Economics* 3 (2), 181-202, Oxford University Press, 17 april 2007, p. 194.

beeld heeft een zorginstelling buiten het oorspronkelijke verzorgingsgebied een grote structureel verlieslatende kliniek, bijvoorbeeld omdat het in de concurrentie niet is opgewassen tegen de reputatie van de lokale dominante speler. Als gevolg hiervan zijn bij de kliniek de kosten van de zorg onnodig hoog en vervult het ook niet een optimale rol als schakel in de (regionale) zorgketen. In het geval de kliniek wordt verkocht aan de dominante speler zal een *failing division* verweer falen op het moment dat een willekeurige andere partij de kliniek ook zou willen overnemen. Het gegeven dat deze partij de kliniek vervolgens ook niet anders dan op een suboptimaal niveau zal (kunnen) laten draaien, maakt dit niet anders. Er is in dit geval niet aan te tonen dat zonder de overname door de dominante zorgaanbieder de activa van de in moeilijkheden verkerende kliniek *onvermijdelijk* van de markt zullen verdwijnen.

Het is niet uit te sluiten dat deze gang van zaken de consumenten meer schade kan berokkenen dan een overname door de dominante zorgaanbieder, in het bijzonder als de dominante zorgaanbieder kan aantonen dat hij de te verwerven capaciteit wel optimaal zal gaan benutten. Vooral in die gevallen in de *cure* sector waarbij geldt dat de financiële situatie van een instelling in aanzienlijke mate door de benutting van de capaciteit wordt beïnvloed en aanbieders zich door specialisatie als een efficiënt onderdeel in de keten van zorgaanbieders op een specifieke taak kunnen toeleggen, zal een strikte uitleg van de voorwaarden aan een *failing division* verweer nadelig kunnen uitpakken. Maar wellicht dat in dat geval de partijen met de inzet van een efficiencyverweer alsnog kunnen proberen goedkeuring voor de overname te krijgen.

De NMa heeft in zorgfusies tot op heden nog geen *failing company/failing division* verweer inhoudelijk behandeld. Wel is in 2000 bij de verkoop van *Het Limburgs Dagblad*, dat jarenlang een verliesgevend onderdeel van de Telegraaf-groep was, het *failing company/failing division* verweer aan de orde gekomen. De NMa heeft het verweer niet geaccepteerd.⁴⁹ Volgens de NMa was weliswaar aan bepaalde voorwaarden die voor het verweer gelden voldaan,⁵⁰ maar het kon niet slagen omdat sprake was van een oorzakelijk verband tussen de concentratie en de (mate van) verslechtering van de mededingings-

structuur.⁵¹ Sinds deze zaak is het verweer niet meer aan de orde gekomen.⁵² Het is dan ook niet goed mogelijk te beoordelen of de NMa de drie voorwaarden bij zorgfusies strikt zal uitleggen, of zal kiezen voor een dynamische toetsing waarbij de toepassing van het *failing company/failing division* verweer niet onnodig wordt beperkt.

Het efficiëntieverweer

Ook voor het efficiëntieverweer geldt dat voor een succesvol beroep aan strenge eisen moet worden voldaan.⁵³ Kalbfleisch gaf in oktober 2008 op dit punt aan:

‘In de beoordeling van een efficiencyverweer kunnen kwaliteitsaspecten of kwaliteitsimpulsen mededingingsbezwaren opzij zetten, indien aan vier cumulatieve voorwaarden voldaan is: (1) de kwaliteitsverbetering – objectiveerbaar en verifieerbaar als zij moet zijn – is een direct gevolg van de samenwerking, (2) de samenwerking is onmisbaar voor de realisatie van de kwaliteitsverbetering, in die zin, dat redelijkerwijs geen alternatieven voorhanden zijn, die mededingingsrechtelijk minder bezwaarlijk zijn, (3) de samenwerking komt consumenten ten goede door het genereren van kwaliteitswinst, die anti-competitieve effecten te boven gaan en (4) er moet rest-concurrentie, desnoods potentieel, overblijven’.⁵⁴

De efficiëntievoordelen die de fuserende partijen met hun concentratie beogen te bereiken, zullen in de *cure* sector vaak zien op een uitbreiding (of het voorkomen van een afname) van het zorgaanbod en een verhoging van de kwaliteit. Voor een succesvol beroep op dit verweer mogen de meldende partijen die efficiëntievoordelen niet zelfstandig kunnen bereiken en ook niet in een samenwerkingsverband dat mededingingsrechtelijk gezien minder bezwaarlijk zou zijn.

49. Wel werd onder voorwaarden een vergunning voor de concentratie verleend, waarbij de NMa aangaf: ‘Hoewel niet is voldaan aan de vereisten van de failing company defence moeten bovengenoemde uitzonderlijke omstandigheden wel worden meegewogen bij de beoordeling van de voorstellen van partijen. Conform de gedachte die ten grondslag ligt aan de failing company defence kunnen zij positief worden beoordeeld als de marktstructuur na voltrekking van de concentratie onder deze voorwaarden mededingingsrechtelijk beter is dan zij binnen afzienbare tijd zou zijn als de concentratie niet wordt voltrokken.’, besluit 12 mei 2000, zaak 1538, *De Telegraaf - De Limburger*, randnummer 270.

50. Besluit 12 mei 2000, zaak 1538, *De Telegraaf - De Limburger*, randnummer 260: ‘Uit onderzoek is gebleken dat aannemelijk is dat het Limburgs Dagblad bij ongewijzigd beleid ten minste op de (middel)lange termijn niet levensvatbaar is en dat het Limburgs Dagblad op korte termijn de markt zal moeten verlaten. Ook kan niet worden aangenomen dat een koper kan worden gevonden voor het Limburgs Dagblad.’

51. Besluit 12 mei 2000, zaak 1538, *De Telegraaf - De Limburger*, randnummers 248 – 253. De NMa paste hierbij een strikte benadering toe (zie ook voetnoot 47) en gaf aan: ‘Ten aanzien van de stelling van partijen dat het niet verdedigbaar is dat het gehele marktaandeel moet toevallen aan de andere partij kan het volgende worden gesteld. Dit criterium waarborgt het verzekeren van de neutraliteit van de concentratie ten aanzien van de verslechtering van de mededingingsstructuur van de markt. Zonder dit criterium zou een concentratie bij vervulling van alle andere criteria immers kunnen worden geacht niet de oorzaak van de verslechtering van de mededingingsstructuur van de markt te zijn, wanneer blijkt dat de ene concentrerende onderneming zonder die concentratie niet het volledige marktaandeel van de andere concentrerende onderneming zou verwerven.’

52. Dat is anders bij de Commissie (bijv. Case COMP/M.2876 Newscorp/Telepiu [2004] O.J. L110/73) en de nationale mededingingsautoriteiten binnen de EU (bijv. in de UK: OFT, Anticipated acquisition by First West Yorkshire Limited of Black Prince Buses Limited, 26 mei 2005) en buiten de EU (bijv. in Nieuw Zeeland: Commerce Commission persbericht nr. 100, ‘Commerce Commission grants clearance to Fletcher Building to acquire Stevenson masonry assets in Auckland and Whangarei’, 13 februari 2009).

53. Zo toont het besluit 8 augustus 2008, zaak 6424, *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen* waarbij de NMa de voorwaarden van het efficiencyverweer strikt hanteert, zo moeten de efficiëntievoordelen ten goede komen aan de consument (randnummer 39 e.v.), specifiek uit de concentratie voortvloeien (randnummer 42 e.v.) en verifieerbaar zijn (randnummer 43).

54. Speech op Elsevier-congres *Ontwikkelingen Mededingingsrecht* 2009, 9 oktober 2008.

In het recente besluit ten aanzien van de fusie van Ziekenhuis Walcheren en Stichting Oosterscheldeziekenhuizen (de Zeeuwse Ziekenhuizen) heeft de NMa voor het eerst⁵⁵ een concentratie aan de hand van een efficiëntieverweer goedgekeurd. De NMa heeft het efficiëntieverweer eerst nadat de Zeeuwse ziekenhuizen een aantal voorwaarden hadden aangeboden, geaccepteerd.⁵⁶ Die voorwaarden bestaan uit de naleving van enkele gedragsremedies die de Zeeuwse ziekenhuizen hebben moeten aanbieden om goedkeuring te verkrijgen.

Sinds 2005 bestond bij de Zeeuwse ziekenhuizen de wens om te fuseren en de concentratie is bij de NMa gemeld. Nadat in het zicht van een weigering een vergunning te verlenen partijen besloten hadden de vergunningaanvraag in te trekken, is in juni 2008 opnieuw een melding bij de NMa ingediend. In de 'tweede ronde' stond het efficiëntieverweer centraal. De Zeeuwse ziekenhuizen waren van mening alleen door een fusie in staat te zijn bepaalde efficiëntievoordelen te bereiken die zij ieder voor zich niet zouden kunnen bereiken en die zij ook niet door een andere vorm van samenwerking zouden kunnen bereiken. Meer in het bijzonder verwachtten de Zeeuwse ziekenhuizen door te fuseren in staat te zullen zijn de benodigde specialisten aan zich te kunnen binden en de kwaliteit van de zorg op het vereiste niveau te kunnen houden en te kunnen verhogen.

Aantrekken en behouden specialisten

Al lange tijd was het voor de beide Zeeuwse ziekenhuizen moeilijk om voldoende gekwalificeerde artsen aan te trekken en aan zich te binden. Het bleek dat de regio Midden-Zeeland niet geliefd was bij artsen omdat de maatschappen klein waren. Iedere arts werd om die reden verplicht veel lange diensten te draaien. Bovendien waren er vanwege de geringe omvang van de maatschappen te weinig mogelijkheden om te specialiseren. Iedere arts was nodig om het brede scala aan behandelingen dat bij een algemeen ziekenhuis hoort, te kunnen (blijven) aanbieden. Als gevolg van de fusie zullen ook de maatschappen worden gestimuleerd om te fuseren zodat er grotere maatschappen ontstaan die een grotere aantrekkingskracht hebben op nieuwe artsen. Een grote(re) maatschap biedt immers de noodzakelijke ruimte aan de betrokken artsen om zich

(nader) op een bepaald deelgebied toe te leggen. Om een specialisme (goed) uit te kunnen oefenen, is het in toemende mate noodzakelijk dat een arts een bepaalde hoeveelheid patiënten behandelt.⁵⁷ Door de schaalgrootte als gevolg van de fusie van de Zeeuwse ziekenhuizen nemen aldus de mogelijkheden toe specialisten aan te trekken en tenminste te behouden en daarmee het zorgaanbod uit te breiden.

Kwaliteit van zorg verhogen

De Zeeuwse ziekenhuizen zagen in de fusie de enige methode om de kwaliteit van de zorg op peil te kunnen houden en eventueel zelfs te kunnen verhogen. Het tekort aan artsen maakte een verruiming van het behandelaanbod onmogelijk en veroorzaakte ook een steeds grotere druk op de kwaliteit. In combinatie met een te beperkte schaalgrootte had het tekort aan artsen tot gevolg dat niet meer aan bepaalde normen met betrekking tot volume kon worden voldaan waardoor bepaalde behandelingen niet meer konden worden aangeboden. Het totale zorgaanbod van de beide ziekenhuizen stond onder druk door de beperkte patiëntenaantallen die de ziekenhuizen ieder voor zich bedienden.⁵⁸

Door de fusie zullen de Zeeuwse ziekenhuizen een schaalgrootte kunnen creëren waardoor ze kunnen investeren in het verruimen van het zorgaanbod en het verhogen van de kwaliteit. Eén van de concrete plannen is het niveau van de *Intensive Care* afdeling van het zogenoemde IC level 1 naar IC level 2 te brengen. Door deze verhoging heeft een groep patiënten in Midden-Zeeland niet langer vervoerd te worden naar Antwerpen of Rotterdam. Dat kan levens schelen. Bovendien is het voor diverse andere specialismen van belang dat een ziekenhuis beschikt over een IC level 2. Zo kunnen complexe chirurgische verrichtingen of complexe traumazorg niet plaatsvinden in een ziekenhuis zonder IC level 2. Het spreekt voor zich dat de uitbreiding van het zorgaanbod door de aanwezigheid van een IC level 2 ten goede komt aan de patiënten, die immers voor een complexe(re) behandeling niet meer de regio hoeven te verlaten.⁵⁹

Eerste beoordeling NMa

De NMa gaf in haar beoordeling in de meldingsfase aan dat er slechts één ziekenhuisorganisatie zou overblijven met een monopoliepositie op het gebied van klinische en niet-klinische algemene ziekenhuiszorg in de regio Midden-Zeeland.⁶⁰ Bovendien bracht de NMa naar voren dat zij haar twijfels had of de fusie wel noodzakelijk was om de kwaliteitsverbeteringen te realiseren en of er geen andere vorm van samenwerking mogelijk was die minder mededingingsbeperkend zou zijn. Daarbij was de NMa ook nog van mening dat de kwaliteitsverbeteringen onvoldoende verifieerbaar waren en dat het niet duidelijk was of de vermeende voordelen wel ten goede zouden komen aan de patiënten.

55. Wel heeft de NMa in 2008 de overname van De Telefoongids door de Gouden Gids, zonder een efficiëntieverweer te accepteren, goedgekeurd door bij de beoordeling bepaalde efficiënties die het gevolg van de overname zouden zijn, mee te laten wegen. In het persbericht van 29 augustus 2008 geeft de NMa aan: 'De NMa constateert dat er een kleine groep adverteerders is die nadeel zouden kunnen ondervinden van de overname. (...) De groep die er door de overname op achteruit gaat, is evenwel kleiner dan de groep die er op vooruit zal gaan. Hierbij speelt een rol dat na de overname Gouden Gids en De Telefoongids uiterlijk in 2009 als één gids op de mat zal vallen bij de consumenten. Ook hun websites zullen Gouden Gids en De Telefoongids samenvoegen tot een geïntegreerde online gids. Concreet betekent dit dat de samengevoegde gids tot een groter gebruik zal leiden voor adverteerders. Bovendien krijgen gebruikers van de gids voortaan één gids met alle informatie'. Zie ook het besluit 28 augustus 2008, zaak 6246, *European Directories (Telefoongids) – Truvo Nederland (Gouden Gids)*, randnummers 164 - 166.

56. NMa persbericht 09-06, 25 maart 2009: *NMa onder strikte voorwaarden akkoord met ziekenhuisfusie* en zie besluit 25 maart 2009, zaak 6424, *Ziekenhuis Walcheren – Oosterscheldeziekenhuizen*, randnummers 172-173.

57. Ibidem, randnummer 77.

58. Ibidem, randnummer 30.

59. Ibidem, randnummer 27.

60. Besluit 23 juli 2008, zaak 6424 *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen*, randnummer 25 e.v.

Beoordeling efficiëntievoordelen door IGZ

In de vergunningfase heeft de IGZ onderzoek gedaan naar de effecten van de fusie op de kwaliteit van de zorg van de Zeeuwse ziekenhuizen. Naast de vragen die de NZa heeft gesteld aan de IGZ,⁶¹ heeft ook de NMa in het kader van haar eigen onderzoek vragen voorgelegd aan de IGZ. In haar zienswijze bespreekt de IGZ zowel de situatie dat er geen vergunning voor de fusie verleend zou worden als de situatie dat er wel een vergunning verleend zou worden. Het oordeel van de IGZ, dat door de NZa in haar zienswijze is overgenomen, luidde dat een fusie van de Zeeuwse ziekenhuizen noodzakelijk is, zowel om de kwaliteit van de zorg op peil te houden als ook om de kwaliteit te verhogen.⁶² De IGZ heeft in haar oordeel de specifieke omstandigheden van de regio Midden-Zeeland meegenomen en met name de grote afstanden naar topklinische zorg. Vanwege die grote afstanden, zo concludeerde de IGZ, zullen de ziekenhuizen in Zeeland hun zorgaanbod moeten uitbreiden, door bijvoorbeeld een IC level 2 te realiseren waarmee complexe traumazorg aangeboden kan worden. De IGZ kwam tot de conclusie dat dit bredere zorgaanbod alleen door een fusie is te realiseren.⁶³ De NZa heeft in haar zienswijze niet alleen gekeken naar de kwaliteit, maar ook een oordeel gegeven over de toegankelijkheid en de betaalbaarheid van de zorg. Daar was meer twijfel over. De NZa was van mening dat de fusie de keuzemogelijkheden voor de patiënt aanzienlijk zou beperken waardoor de publieke belangen toegankelijkheid en betaalbaarheid in het geding zouden kunnen komen. Ook de NZa benadrukte dat het waarborgen van de minimumkwaliteit van het allergrootste belang is, maar om de publieke belangen te waarborgen zouden voorwaarden gesteld moeten worden door de NMa.⁶⁴

Remedies

De NMa was (met de NZa) niet op voorhand ervan overtuigd dat de efficiëntievoordelen voldoende rechtvaardiging vormden voor de beperking van de mededinging die het gevolg zou zijn van de fusie. De Zeeuwse ziekenhuizen hebben dan ook remedies moeten aanbieden om uiteindelijk goedkeuring te verkrijgen. Aangezien structurele remedies in de vorm van desinvesteringen niet mogelijk waren omdat daarmee de efficiëntievoordelen teniet zouden worden gedaan, waren de ziekenhuizen aangewezen op gedragsremedies.

De Zeeuwse ziekenhuizen hebben een remedie aangeboden waarmee de NMa de zekerheid kreeg dat de meest in het oog springende kwaliteitsverbeteringen inderdaad zullen worden bereikt.⁶⁵ De Zeeuwse ziekenhuizen zullen in een beperkte periode moeten bewerkstelligen dat het zorgaanbod met enkele concrete behandelingen wordt uitgebreid en dat een IC level 2 gerealiseerd zal worden.

Met deze remedie kan de NMa controleren of de beoogde efficiëntievoordelen, die ten goede zullen komen aan de patiënten, inderdaad zullen worden bereikt.

Ook hebben de Zeeuwse ziekenhuizen maatregelen aangeboden die de toegang tot de markt vereenvoudigen. De ziekenhuizen zullen iedere (nieuwe) speler die medisch specialistische zorg wil aanbieden en die gebruik wil maken van de faciliteiten van de ziekenhuizen, in de gelegenheid stellen dit te doen tegen marktconforme tarieven. Daarnaast zullen de ziekenhuizen zich soepel opstellen bij het verlenen van toestemming aan een arts die op grond van zijn toelatingsovereenkomst aan het ziekenhuisbestuur vraagt of hij voor een gedeelte van zijn tijd elders (lees: bij een concurrent) zijn specialisme mag uitoefenen. De maatstaf die de ziekenhuizen hierbij zullen hanteren, is uitsluitend de continuïteit van de te verlenen zorg in het ziekenhuis. Als die niet in het gevaar komt, verlenen de ziekenhuizen toestemming.

De Zeeuwse ziekenhuizen hebben ook een prijsplafond moeten aanbieden, zodat de NMa de zekerheid heeft dat de prijzen in de regio Midden-Zeeland op een concurrerend niveau blijven. Hoewel diverse verzekeraars hebben aangegeven over voldoende middelen te beschikken om patiënten te sturen en daarmee de ziekenhuizen met betrekking tot prijs en kwaliteit⁶⁶ in het gareel te houden, zag de NMa toch graag garanties voor het feit dat de prijzen als gevolg van de fusie niet ongeoorloofd zullen stijgen. Het is opmerkelijk dat op dit punt gekozen is voor een ingewikkelde gedragsremedie in de vorm van een prijsplafond. Met de invoering van de Wet Marktordening Gezondheidszorg beschikt de NZa niet alleen over de mogelijkheden, maar ook over de kennis om de tarieven te reguleren van zorgaanbieders met een aanmerkelijke marktmacht.⁶⁷ Toezicht door de NZa had dan ook meer voor de hand gelegen, maar er is kennelijk onvoldoende vertrouwen in de effectiviteit van het WMG-instrumentarium.

Hoewel het efficiëntieverweer in het besluit ten aanzien van de Zeeuwse ziekenhuizen voor het eerst in ruim tien jaar concentratiecontrole van doorslaggevende betekenis is geweest, verwachten wij dat dit met name in de *cure* maar ook de *care* sector in de toekomst vaker zal kunnen gebeuren. Deze sectoren zijn namelijk bij uitstek een terrein waar de te behalen efficiëntievoordelen op voorhand duidelijk kunnen worden gemaakt en waarbij de efficiëntievoordelen op het gebied van het zorgaanbod ook direct ten goede zullen komen aan de consument. De Zeeuwse zaak toont aan dat hierbij de rol van de IGZ als neutrale beoordelaar van de voorgenomen verbeteringen van de kwaliteit cruciaal is.⁶⁸

61. In het kader van de samenwerking tussen de NZa en de IGZ, stelt de NZa vragen aan de IGZ. De zienswijze van de IGZ over de kwaliteit van zorg zal de NZa vervolgens volledig volgen. Dit blijkt uit het samenwerkingsprotocol tussen de IGZ en de NZa.

62. Besluit 25 maart 2009, zaak 6424 *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen*, randnummer 49.

63. Ibidem, randnummer 132.

64. Ibidem, randnummer 52.

65. Ibidem, randnummers 154 – 159.

66. Ibidem, randnummer 70.

67. Artikel 48 Wet Marktordening Gezondheidszorg.

68. Besluit 25 maart 2009, zaak 6424 *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen*, randnummer 143: 'De Raad beschouwt de IGZ vanuit haar (overheids)taak als objectief deskundige op het gebied van het noodzakelijke zorgniveau. Het advies van de IGZ aan de NZa is in dat kader een voldoende objectieve bron ter onderbouwing van (de noodzaak van) bepaalde kwaliteitsverbeteringen.'

Conclusie

Wij kunnen concluderen dat, vanaf het moment dat de NMa in 2004 het eerste inhoudelijke besluit ten aanzien van een fusie van zorginstellingen in de *cure* sector nam, in relatief korte tijd veel thema's aan de orde zijn gekomen die van wezenlijke invloed zijn op de praktijk van concentratiecontrole bij *cure* zaken. Omdat veel vragen nog onbeantwoord zijn, zal dit nog wel even doorgaan. Dat maakt dit onderdeel van de mededingingspraktijk zo interessant.

De Zeeuwse ziekenhuizenzaak herinnert iedereen weer aan het feit dat mededinging in de zorg geen doel op zich is, maar een middel om, kort gezegd, de zorg voor patiënten te verbeteren, in kwalitatieve, kwantitatieve en financiële zin. Het besluit van de NMa illustreert dit goed. De NMa heeft er goed aan gedaan patiëntenbelangen de doorslag te geven. Mededinging is een theorie; betere zorg voor Zeeuwen is een concreet resultaat. Of de afweging die de NMa heeft gemaakt de juiste is geweest kan alleen maar achteraf worden vastgesteld. Wij spreken de hoop uit dat over een paar jaar een zorgvuldige onafhankelijke empirische toetsing zal plaatsvinden. De uitkomsten zullen eerzaam zijn voor ons allemaal. ■

Het ziekenhuissysteem

Prof. dr. H. Keuzenkamp*

Economen wisten al langer dan vandaag dat banken 'systeemrelevant' kunnen zijn. Dat begrip is recent opgerekt door ook verzekeraars deze twijfelachtige typering te gunnen. En nog korter geleden mocht het eerste ziekenhuis zich 'systeemziekenhuis' noemen. De eer viel te beurt aan de IJsselmeerziekenhuizen. Journalist Jeroen Smit kan er een boek over schrijven, dat in een aantal opzichten minstens zo smeug zal zijn als zijn boek over ABN Amro, *De Prooi*. Net als ABN Amro zijn de IJsselmeerziekenhuizen een niet geslaagd fusieproduct (van de ziekenhuizen in Lelystad en Emmeloord), bleven de financiële prestaties ruim achter bij die van de *peer group*, waren de interne verhoudingen slecht en disfunctioneerde de raad van toezicht. En voor een operatie kon je maar beter een ommetje maken, als je af mag gaan op de kwaliteitsparameters die tegenwoordig gepubliceerd moeten worden.

De IJsselmeerziekenhuizen waren in normale tijden waarschijnlijk failliet gegaan. Maar kan je een ziekenhuis laten omvallen, omdat enkele tientallen miljoenen niet beschikbaar zijn, als elders voor vele miljarden het grootkapitaal voor de ondergang wordt behoed? Politiek was dat lastig te verkopen. Gezondheidszorg roept nu eenmaal veel emoties op en kan ook om rationele redenen niet zonder meer aan de grillen van de vrije markt worden overgelaten. Alles waar een markt in kan falen, zal in de vrije zorgmarkt falen. Preferenties van zorgvragers voldoen niet aan de rationaliteitsaxioma's, er is sprake van externaliteiten van zorg (bijvoorbeeld besmettinggevaar), informatie is scheef verdeeld (tussen dokters, patiënten en verzekeraars) en er zijn forse schaalvoordelen waardoor er marktmacht kan ontstaan. En zelfs als dit alles zich niet zou voordoen, dan zou de uitkomst van een vrije zorgmarkt niet zomaar rechtvaardig worden gevonden. Alle reden dus tot regulering – en helaas vaak het bijbehorende reguleringsfalen. Economen kunnen hun hart eraan ophalen, het is denk ik

de meest complexe bedrijfstak vanuit analytisch economisch perspectief.

Eind 2008 werd dus het systeemziekenhuis als nieuw begrip geïntroduceerd. Dit neologisme vervangt een eerder begrip van het RIVM, namelijk het gevoelig ziekenhuis. Een ziekenhuis is gevoelig als mensen niet meer binnen de (subjectieve) normtijd van drie kwartier bereikt kunnen worden als de SEH op de betreffende locatie wordt gesloten. In 2008 waren 25 ziekenhuizen 'gevoelig' (mijn ziekenhuis in Hoorn stond met een vierde plaats net niet op het erepodium, want Terneuzen, Dirksland en Den Helder waren nog gevoeliger, mede dankzij het abstraheren van het zorgaanbod net over de grens).¹ Opmerkelijk is dat het aantal gevoelige ziekenhuizen is gehalveerd ten opzichte van twee jaar eerder. Een extra ambulancepost, of het beter afstellen van een paar stoplichten onderweg, kan al genoeg zijn om te degraderen tot de klasse der ongevoelige ziekenhuizen. De IJsselmeerziekenhuizen staan op plaats zes van de ranglijst met gevoelige ziekenhuizen. Die plaats is vooral te danken aan het vissersdorp Urk.

Toen de IJsselmeerziekenhuizen dreigden om te vallen, is geen moment overwogen om de stoplichten op de weg naar Sneek of Almere iets bij te stellen om de gevoeligheid van het verlies te reduceren. Ik zal dat geen tunnelvisie noemen – je zou politici op ideeën kunnen brengen. Waar ook niet serieus naar gekeken is, is wat er feitelijk zou gebeuren als het ziekenhuis failliet zou gaan. Deze denkexercitie had miljoenen staatssubsidie kunnen schelen. Wat zou dan gebeuren, bij een faillissement? Een ziekenhuis dat omvalt, stort niet meteen letterlijk in. Het personeel dat er werkt, in het bijzonder de dokters en verpleegkundigen, zijn niet plots al hun vaardigheden kwijt. Dokters zijn wel iets anders kwijt: de goodwill van hun maatschap. Gezien de belangrijke rol die ze spelen in het slecht of goed functioneren van de organisatie lijkt dat een

* Prof. dr. H. Keuzenkamp is lid van de Raad van Bestuur Westfriesgasthuis en hoogleraar Verzekeringseconomie, Universiteit van Amsterdam.

1. A. Klink, brief aan Tweede Kamer, 1 juli 2008, en RIVM, Briefrapport-nummer 270142001, 16 april 2008.

uitstekende prikkel om naast het eigen (maatschap)belang ook het algemene (ziekenhuis)belang te dienen. Hoe het ook zij, het aanbod is niet per direct verdwenen, de vraag naar zorg is eveneens nog aanwezig. In een tijd dat ziekenhuizen in den lande meer nevenvestigingen openen (mede dankzij informatietechnologie gedreven), is het evident dat bij het omvallen van een ziekenhuis in een grotere gemeente als Lelystad meerdere partijen een nieuwe vestiging hadden willen starten. Waarschijnlijk niet met dezelfde productportefeuille als wat er stond, en zeker niet met exact dezelfde groep dokters die er werkte en het ziekenhuis in een verlamdende wurggreep had. Maar wel met voorzieningen voor acute basiszorg en een aantal productiestraten voor gewone ziekenhuiszorg. Het ministerie van VWS heeft de focus helemaal gericht op de biedingen voor een warme doorstart van het ziekenhuis. Er is mij, als bestuurder van een van de omliggende ziekenhuizen, nooit informeel laat staan formeel gevraagd of er bereidheid zou bestaan een acute zorgvoorziening te Lelystad te openen in het geval de concurrent failliet mocht gaan.

Wellicht dat het ministerie van VWS het te gevaarlijk vond om zich afhankelijk te maken van vrijblijvende intenties van omliggende ziekenhuizen, en daarom een warme doorstart forceerde. Indien deze angst inderdaad leidend is geweest, valt het te overwegen hier iets voor te regelen, net zoals de voorziening- en leveringszekerheid van elektriciteit gereguleerd zijn.² In de elektriciteitsvoorziening kan een klant in problemen komen zodra de stroomproducent of de leverancier bankroet gaat. Omdat een klant waarde voor aanbieders vertegenwoordigt, zal er relatief eenvoudig een nieuwe aanbieder ontstaan die de klant graag overneemt. Helemaal zeker is dit echter niet. Daarom heeft de wetgever een borg ingebouwd. In de elektriciteit is deze regulering waarschijnlijk ten overvloede. In de ziekenhuiszorg lijkt de casus iets dwingender. De financiering van ziekenhuizen is zo willekeurig en afhankelijk van verzonden prijzen, dat het zeer de vraag is of een willekeurige patiënt positieve klantwaarde meebrengt. Soms produceert een ziekenhuis al meer dan gecontracteerd is, en wordt extra productie niet vergoed. Of de klant komt met een ziekte waarvan de kosten niet in verhouding staan tot de (op door centrale planners verzonden prijzen gebaseerde) opbrengsten. Veel oncologische behandelingen zijn bijvoorbeeld verlieslatend. Om dit soort redenen is het geen verkeerde gedachte om voorzieningszekerheid te borgen, bijvoorbeeld door te garanderen dat meerproductie voor aanbieders die in het gat springen zonder meer betaald wordt. Dit is consistent met de zorgplicht van zorgverzekeraars. Het is minder makkelijk om andere aanbieders een aanwijzing te geven de productie over te nemen: daarvoor is de productietechnologie veel complexer dan die van stroom. Maar als dwang niet kan dan kan verleiding. Bijvoorbeeld door een veiling door de verzekeraar voor de gewenste beschikbaarheidsfuncties.

De introductie van het systeemziekenhuis roept interessante vragen op over de regulering van het ziekenhuissysteem. Een faillissement van de IJsselmeerziekenhuizen zou een zeer sterk signaal geweest zijn richting bestuurders, toezichthouders en professionals dat er grenzen zijn aan ondermaats presteren. Helaas zijn die grenzen nu niet voldoende helder gesteld. Een nieuwe aanbieder kan nu dankzij een warme doorstart een bevooroordeelde positie innemen. Het zij hem van harte gegund, maar voor de dynamiek in de ziekenhuissector is het een slechte zaak. ■

2. Besluit van 14 februari 2006, houdende regels inzake voorzieningen in verband met de leveringszekerheid (Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998), *Stb.* 2006, 104.

Marktafbakening en marktmacht in de zorgsector

Dr. R.S. Halbersma, drs. W. Kerstholt en dr. M.C. Mikkers*

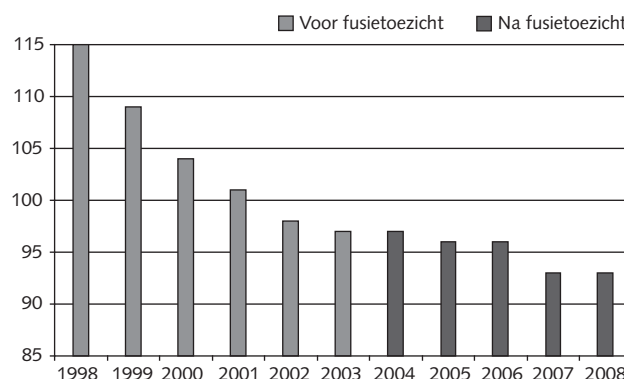
Marktmacht wordt doorgaans indirect vastgesteld door afbakening van de relevante markt, bijvoorbeeld met de Elzinga-Hogarty-test. Een alternatief is het direct modelleren van marktgedragingen, bijvoorbeeld met de LOCI- en de Option Demand-methoden. Wij hebben deze drie methoden geïmplementeerd op Nederlandse ziekenhuisgegevens. Uit onze resultaten blijkt dat veel Nederlandse ziekenhuismarkten sterk geconcentreerd zijn. De geografische omvang van een Elzinga-Hogarty-markt leidt tot een optimistische inschatting van de marktconcentratie ten opzichte van alternatieve methoden. Daarnaast blijken de LOCI- en Option Demand-methoden tot sterk overeenkomstige patronen te leiden. Deze robuuste conclusies zijn in overeenstemming met de internationale literatuur.

1. Inleiding

De afgelopen decennia is schaalvergroting een trend in de Nederlandse zorg. Zo is het aantal ziekenhuizen in de periode 1985–2005 gedaald van honderdzes tot minder dan honderd. Tegelijkertijd verdubbelde de gemiddelde schaal van ziekenhuizen (Blank, Haelermans e.a. 2008). In de Verenigde Staten heeft zich een vergelijkbare trend voorgedaan. Daar hebben in de periode 1994–2000 ongeveer negenhonderd fusies plaatsgevonden. De mededingingsautoriteiten hebben daarvan zeven fusies proberen te blokkeren, wat in geen enkel geval gelukt is (DOJ/FTC 2004), voornamelijk omdat de marktafbakening juridisch

kwetsbaar is gebleken. In figuur 1 is de ontwikkeling van het aantal Nederlandse ziekenhuizen over de afgelopen tien jaar weergegeven.

Figuur 1 Het aantal algemene ziekenhuizen in Nederland



In de periode vóór 1998 was er geen mededingingstoezicht in Nederland. Ook na oprichting van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) in 1998, was er nog geen sprake van concentratiecontrole voor ziekenhuizen en zorgverzekeraars. De laatste jaren zijn er stappen gezet richting meer deregulering en liberalisering van zorgmarkten (concurrentie tussen zorgverzekeraars, DBC-systeem, vrijere toetreding, gedeeltelijk vrije prijsvorming). Vanaf 2004 is de NMa gaan toezien op concentraties in de zorg en vanaf 2006 ook op zorgverzekeraars. Schaalvergroting kan leiden tot marktmacht en daarmee tot prijsstijgingen en/of een verslechtering van de kwaliteit bij aanbieders. Om die reden wordt regelmatig gepleit voor een strengere fusietoets door de NMa, zie bijvoorbeeld Varkevisser en Schut 2008. Fusies hoeven echter niet altijd negatief uit te pakken voor de consument, maar kunnen in sommige gevallen ook voordelen opleveren. Bij het beoordelen van samenwerkingsverbanden moeten de

* Dr. R.S. Halbersma is werkzaam bij de Nederlandse Zorgautoriteit en is als Extramural Fellow verbonden aan TILEC van de universiteit van Tilburg. Drs. W. Kerstholt is werkzaam bij de Nederlandse Zorgautoriteit. Dr. M.C. Mikkers is werkzaam bij de Nederlandse Zorgautoriteit en is als Extramural Fellow verbonden aan TILEC van de universiteit van Tilburg. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel en kan de NZa op geen enkele wijze juridisch binden.

kansen (bijvoorbeeld in de vorm van kwalitatief betere zorg) dan ook steeds worden afgewogen tegen de bedreigingen, zoals een toename in marktmacht, zie Bogetoft en Mikkers 2009.

Dit artikel gaat in op marktafbakening en marktmacht in de gezondheidszorg. Meer specifiek worden een aantal technieken van marktafbakening en het meten van marktmacht besproken en toegepast op de Nederlandse markt voor klinische ziekenhuiszorg. In paragraaf 2 worden verschillende methoden van marktafbakening en het meten van marktmacht beschreven. In paragraaf 3 worden empirische resultaten weergegeven van de toepassing van deze methoden op de Nederlandse ziekenhuismarkten weergegeven. In paragraaf 4 wordt een korte conclusie getrokken.

2. Methodologie

2.1 Inleiding

Een grotere omvang van een onderneming kan op een gegeven relevante productmarkt en geografische markt leiden tot een machtspositie voor die onderneming. Een onderneming wordt geacht een machtspositie te hebben wanneer zij (alleen of samen met andere ondernemingen) in staat is zich op een markt onafhankelijk te gedragen van haar (potentiële) concurrenten, klanten (de zorgverzekeraars) en de uiteindelijke consumenten (de patiënten). Het mag duidelijk zijn dat naar mate er minder (potentiële) spelers op een markt actief zijn, de mogelijkheden voor een zorgaanbieder om zich onafhankelijk te gedragen toenemen. Als zorgverzekeraars en patiënten weinig te kiezen hebben, kan een zorgaanbieder ongestraft zijn prijzen verhogen en/of de kwaliteit verlagen.

In mededingingsrechtelijke analyses kan het ontstaan of bestaan van een machtspositie op twee manieren worden vastgesteld: door het afbakenen van de relevante markt of door het voorspellen van de verwachte marktgedragingen zoals de prijsstelling. Het voornaamste doel van beide methoden is om de concurrentiedruk te onderkennen waarmee de betrokken ondernemingen worden geconfronteerd. Het afbakenen van relevante markten en het voorspellen van marktgedragingen in de zorgsector is geen triviale bezigheid. In zowel de Europese als de Amerikaanse mededingingspraktijk en in de economische literatuur bestaat er veel discussie over de methoden waarmee machtsposities in de zorgsector zouden moeten worden vastgesteld.

Een relevante markt is een verzameling van producten waarvoor beperkte substitutiemogelijkheden bestaan vanuit zowel de vraagzijde als de aanbodzijde. De relevante markt heeft twee dimensies: de productmarkt en de geografische markt. In beide gevallen moet worden gekeken naar een groep van producten en producenten met weinig vraag- en aanbodsubstitutie.

Gegeven de relevante markt, kunnen marktaandelen en concentratie-indices (zoals de Herfindahl-Hirschmann-Index, de HHI, of het marktaandeel van de vier grootste aanbieders, C4) worden bepaald. Deze kengetallen geven

een belangrijke indicatie van een machtspositie. Ook andere factoren zoals de aanwezigheid en de hoogte van toetredingsdrempels (dus de mate van potentiële concurrentie door nieuwe toetreders) en van compenserende marktmacht aan de andere kant van de markt (inkoopmacht) worden meegewogen.

In de mededingingspraktijk in andere sectoren wordt voor het bepalen van de relevante markt de zogenoemde SSNIP-test uitgevoerd.¹ In de geografische versie van deze test is de vraag of een hypothetische monopolist winst haalt uit het verhogen van zijn prijs van ten minste 5-10 procent. Als het antwoord op deze vraag ja is, dan is die bepaalde regio de relevante geografische markt. Als het antwoord op deze vraag nee is, omdat de regio concurrentiedruk ondervindt van andere regio's, is de relevante geografische markt te klein gedefinieerd. Zie Motta 2004 voor een uitgebreidere behandeling van de SSNIP-test.

Patiënten zijn veelal verzekerd voor de kosten van zorg. Patiënten dragen slechts een klein deel van de monetaire kosten van een behandeling en zijn daarom niet erg prijsgevoelig. Daarom is de prijselasticiteit van consumenten doorgaans niet goed te bepalen. De SSNIP-test is daarom in de zorg moeilijk direct toepasbaar. Om toch een soort SSNIP-test te kunnen uitvoeren is het nodig om de contractprijzen die verzekeraars met ziekenhuizen afspreken, te modelleren. Ook dient rekening te worden gehouden met de niet-monetaire kosten zoals reiskosten van patiënten en hun bezoekers. Deze reisbereidheid vertaalt zich uiteindelijk tot een betalingsbereidheid voor een gecontracteerd zorgaanbod van een zorgverzekeraar en daarmee indirect tot een prijsgevoeligheid van patiënten voor de contractprijzen van zorgaanbieders.

Voor wat betreft de productmarkt is vanuit het perspectief van de patiënt de diagnose de kleinst mogelijke productmarkt: zeker bij ziekenhuiszorg is de substitutie naar alternatieve behandelingen bij een gegeven aandoening vrijwel niet mogelijk. Vanuit het artsenperspectief zal niet de diagnose, maar het medisch specialisme als grootste gemene deler worden gezien.

Op dit moment bieden de meeste Nederlandse ziekenhuizen vrijwel alle specialismen aan. Daarom is er wellicht nog verdere aggregatie mogelijk, bijvoorbeeld naar de twee productmarkten van klinische en poliklinische ziekenhuiszorg. Voor sommige specialismen (zoals oogheelkunde en orthopedie) zal dit echter niet goed de werkelijkheid beschrijven. Binnen deze specialismen bestaan categorale ziekenhuizen en zelfstandige behandelcentra die gespecialiseerd zijn in deze zorg. Een andere plausibele afbakening is om specialismen te groeperen naar complexiteit (in technologische benodigdheden) en volume. Er kunnen op deze manier tot vijf afzonderlijke productmarkten voor ziekenhuiszorg worden bepaald (Varkevisser, Capps e.a. 2008). In de praktijk kan worden gekeken in hoeverre de voorspellingen van modellen veranderen als productmarkten worden samengevoegd.

De geografische marktafbakening heeft in de literatuur de meeste aandacht gekregen. Vanuit praktisch oogpunt is

1. *Small but Significant Non-transitory Increase in Prices.*

het postcodegebied van patiënten de kleinste bouwsteen van geografische markten. De postcode van een patiënt wordt bij een ziekenhuisbezoek in Nederland geregistreerd in de bestanden die zorgaanbieders en zorgverzekeraars aan toezichthouders aanleveren. Er zijn in Nederland ongeveer vierduizend viercijferige postcodegebieden met gemiddeld vierduizend inwoners.

Er zijn ruwweg twee klassen van methoden voor geografisch marktafbakening. Enerzijds zijn er methoden die op basis van feitelijke patiëntenstromen een geografische markt bepalen als een verzameling van postcodegebieden. Anderzijds zijn er methoden die het reisgedrag per postcodegebied modelleren en dit vertalen naar prijzen die zorgaanbieders aan verzekeraars in rekening kunnen brengen. Dit is in feite een indirecte vorm van de SSNIP-test. Deze laatste klasse gaat daarmee verder dan het afbakenen van de relevante markt: ook de verwachte marktgedragingen zoals de prijsstelling worden hiermee gemodelleerd. Daardoor kan het bestaan of het ontstaan van een machtspositie direct worden vastgesteld, zonder dat dit via het afbakenen van de relevante markt en het berekenen van kritische drempels voor de marktconcentratie hoeft worden gedaan. Hieronder beschrijven we van beide klassen twee methoden. Voor een aantal andere interessante methoden verwijzen we naar het eerder genoemde artikel van Varkevisser, Capps e.a. 2008.

2.2 Methoden gebaseerd op patiëntenstromen

De twee meest gebruikte, op patiëntenstromen gebaseerde, methoden voor marktafbakening zijn de Elzinga-Hogarty-test en de *Critical Loss*-methode. Beide methoden hebben als uitgangspunt dat de huidige consumptie- en productiepatronen maatgevend zijn voor de vraag- en aanbodpatronen na concentratie, *ongeacht eventuele differentiatie in voorkeuren van consumenten of productiemogelijkheden van producenten*. In prospectieve concentratiecontrole valt weliswaar niet aan extrapolaties naar de toekomst te ontkomen, maar zoals in de volgende paragraaf wordt uiteengezet, kan dit op een aanzienlijk verfijndere manier.

De Elzinga-Hogarty-test

De Elzinga-Hogarty-test is een in de jaren zeventig van de vorige eeuw ontwikkelde methode: Elzinga en Hogarty 1973 en Elzinga en Hogarty 1978. De methode steelt op twee belangrijke kengetallen: de LIFO-ratio en de LOFI-ratio. De LIFO-ratio staat voor *little in from the outside* en is gedefinieerd als het percentage lokale patiënten dat van lokale zorgaanbieders gebruik maakt.² De LOFI-ratio staat voor *little out from the inside* en is gedefinieerd als het marktaandeel dat lokale zorgaanbieders onder de lokale patiënten kennen. Een zwakke (sterke) Elzinga-Hogarty-markt is gedefinieerd als een markt waarvoor zowel de LIFO- als de LOFI-ratio groter zijn dan 75 procent (90 procent). In de literatuur zijn er maar liefst zes varianten beschreven om de Elzinga-Hogarty-test uit te voeren, die

tot subtiele verschillen in de omvang van de afgebakende markten kunnen leiden (Frech III, Langenveld e.a. 2003). De Elzinga-Hogarty-test is indertijd ontworpen voor relatief homogene producten zoals bier en steenkool. Voor dergelijke nauw afgebakende productmarkten kan de geografische marktafbakening kleiner uitvallen dan via een directe implementatie van de SSNIP-test. De reden is dat de meeste consumenten *ceteris paribus* de dichtstbijzijnde aanbieder kiezen, maar dit niet noodzakelijk doen na een prijsverhoging als gevolg van een concentratie.

Als de productmarkt een groot aantal gedifferentieerde producten omvat (zoals bij ziekenhuiszorg) kan de geografische marktafbakening juist groter uitvallen dan wanneer de SSNIP-test zou zijn uitgevoerd. De achterliggende reden is dat een kleine maar substantiële minderheid met een sterk idiosyncratische consumptiebehoefte (zoals vraag naar complexe zorg) bereid kan zijn veel verder te reizen dan de *silent majority* en zo de geografische omvang van de relevante markt bepaalt (Capps, Dranove e.a. 2001).

Bovenstaande bezwaren, aangevuld met het feit dat patiënten vanwege het verzekeringskarakter van zorg doorgaans geen directe prijsprikkels ondervinden, hebben Ken Elzinga in 2006 bij een Amerikaanse fusiezaak doen getuigen dat 'zijn' Elzinga-Hogarty-test ongeschikt is voor marktafbakening voor ziekenhuiszorg.

De Critical Loss-methode

De *Critical Loss*-methode is in de jaren tachtig van de vorige eeuw ontwikkeld (Harris en Simons 1989). De methode voert een SSNIP-test uit door twee grootheden met elkaar te vergelijken: de *critical loss* en de *actual loss*. De *critical loss* is het maximumaantal patiënten dat een als een hypothetische monopolist acterende groep van zorgaanbieders bij hun huidige prijs-kostenmarge door een collectieve SSNIP kan verliezen; de *actual loss* is het feitelijke verlies aan patiënten die de zorgaanbieders gegeven de huidige prijsgevoeligheid als gevolg van een SSNIP verliezen. Als de *actual loss* voor een als hypothetische monopolist acterende groep aanbieders kleiner is dan de *critical loss*, dan is de markt afgebakend. Zo niet, dan dienen er nieuwe aanbieders bij de markt ingedeeld te worden, net zo lang tot een SSNIP wel winstgevend kan worden doorgevoerd.

In zorgmarkten ondervinden consumenten aan de marge vrijwel geen prijsprikkels en moeten dus op basis van de feitelijke patiëntenstromen aannames gemaakt worden over het consumentengedrag. Een in de praktijk veel gebruikte versie van de *Critical Loss*-methode deelt in zulke gevallen het lokale werkgebied van zorgaanbieders op in betwistbare en onbetwistbare gebieden. De aanname is dat patiënten in onbetwistbare gebieden na een prijsverhoging *nooit* overstappen naar andere zorgaanbieders, terwijl patiënten in de betwistbare gebieden dit juist *allemaal* doen. De uit de Elzinga-Hogarty-test bekende LIFO-drempel (75 of 90 procent van de lokale patiënten gaat naar lokale zorgaanbieders) kan gebruikt worden als grens tussen betwistbare en niet-betwistbare gebieden. De scherpe overgang in overstapbereidheid van consumenten op de grens van betwistbare en niet-betwistbare

2. De oorspronkelijke definitie stelde dat de producent de diensten of goederen in de directe omgeving van de consument aflevert (zoals in de thuiszorg). Voor diensten of goederen waarbij de consument naar de producent reist (zoals in de ziekenhuiszorg) is dit enigszins contra-intuïtief.

gebieden is tamelijk arbitrair en in de praktijk vaak niet realistisch. Daarnaast wordt geen rekening gehouden met eventuele verschillen in overstapbereidheid tussen verschillende patiëntengroepen. Bovendien kan het voorkomen dat een SSNIP van 5-10 procent niet winstgevend is, maar een veel grotere prijsverhoging wel, omdat het initiële verlies op de prijsbewuste marginale consumenten kan worden terugverdiend op de inframarginale consumenten met een veel lagere prijsgevoeligheid.

2.3 Methoden gebaseerd op keuzemodellen

Zoals opgemerkt negeren beide hierboven geschreven methoden eventuele differentiatie in voorkeuren van consumenten of productiemogelijkheden van producenten. Een verfijndere aanpak is om de huidige consumptie- en productiepatronen te modelleren aan de hand van observeerbare kenmerken van consumenten en producenten. Gegeven modellen van keuzegedrag en productiemogelijkheden, kan worden gesimuleerd hoe de door concentratievorming veranderende omstandigheden leiden tot verandering in consumptie- en productiebeslissingen. Daarmee kan worden vastgesteld of een voorgenomen concentratie leidt tot mededingingsbeperkende gedragingen. Dergelijke vormen van *merger simulation* houden zowel rekening met anticompetitieve effecten als met efficiëntievoordelen. In dit artikel focussen we op de anticompetitieve effecten van concentraties. In dit artikel gaan we alleen in op de anticompetitieve effecten als gevolg van een gecoördineerde prijsstelling; eventuele positieve effecten als gevolg van veranderingen in de kostenstructuur komen niet aan bod. Deze staan elders beschreven, zie bijvoorbeeld Bogetoft 2008 en Bogetoft en Mikkers 2009.

Alle in de onderstaande paragrafen beschreven modellen hebben een grootste gemene deler: een discreet keuzemodel waarbij het individuele keuzegedrag van patiënten uit het beschikbare zorgaanbod wordt gemodelleerd. In de oorspronkelijke publicaties werden per methode verschillende keuzemodellen gehanteerd. Dit onderscheid is niet wezenlijk: uit oogpunt van tijdsbesparing en vergelijkbaarheid is het verstandig om hetzelfde keuzemodel te kiezen in een specifieke marktsituatie. De verschillen tussen de methoden liggen namelijk in de vertaalslag van consumentenvoorkeuren naar prijzen op de zorginkoopmarkt. Deze verschillen worden hieronder uiteengezet. Beide op keuzemodellen gebaseerde methoden berekenen normaliter de verwachte prijsstijging als gevolg van een fusie bij ongewijzigde capaciteit, maar kunnen in principe ook rekening houden met sluiting van instellingen. Het keuzemodel bepaalt namelijk marktaandelen conditioneel op het aanbod. Als er aanbod verdwijnt, verschuiven de marktaandelen en stijgen de prijzen sterker dan wanneer de capaciteit gelijk blijft.

De Logit Competition Index-methode

De *Logit Competition Index* (LOCI) is een recent ontwikkelde methode (Antwi, Gaynor e.a. 2007) die ziekenhuiszorg modelleert als een gedifferentieerd Bertrand-oligopolie waarbij de consumentenvoorkeuren tot stand komen in een discreet keuzemodel (in de praktijk een *logit* model)

en waarbij de prijsconcurrentie tussen producenten wordt beïnvloed door de overlap van het productaanbod van de verschillende zorgaanbieders in de diverse consumenten-segmenten.

In het genoemde artikel wordt het marktevenwicht gekarakteriseerd door een index, de LOCI, die tussen de 0 (bij een monopolie) en 1 (bij perfecte concurrentie) ligt. Voor markten met gedifferentieerde Bertrand-concurrentie is de LOCI omgekeerd evenredig met de prijs-kostenmarge. Door concentratievorming worden de prijzen van gefuseerde aanbieders onderling afgestemd en verandert het marktevenwicht. De verwachte prijsstijging kan worden uitgedrukt in termen van de verandering van de LOCI. Een nadeel van de LOCI-methode is dat de structuur van de zorgverzekeringsmarkt niet wordt meegenomen. De methode gaat uit van verzekeraars die op de zorginkoopmarkt als onafhankelijke prijsnemers opereren. De vraag is in hoeverre dit een afdoende beschrijving is van de Nederlandse situatie waarbij de grootste vier verzekeraars ruim 90 procent marktaandeel hebben en er op de zorginkoopmarkt voor ziekenhuiszorg doorgaans bilaterale prijsonderhandelingen plaatsvinden. (Halbersma, Mikkers e.a. 2007) Een empirische studie naar prijsvorming bij Amerikaanse ziekenhuizen laat evenwel zien dat Bertrand-concurrentie met onafhankelijke, prijsnemende verzekeraars de werkelijke prijzen goed weet te modelleren, ondanks het feit dat Amerikaanse verzekeringsmarkten eveneens sterk geconcentreerd zijn (Antwi, Gaynor e.a. 2007).

De Option Demand-methode

De *Option Demand*-methode is een recent ontwikkelde methode die wel rekening houdt met het verzekeringsaspect van ziekenhuiszorg (Capps, Dranove e.a. 2003). Een zorgverzekering biedt behalve een vergoeding van de verwachte zorgkosten ook de mogelijkheid tot keuze uit verschillende zorgaanbieders: een optie op zorg in feite. *Ceteris paribus*, hebben consumenten een voorkeur voor meer keuze. De bereidheid tot betalen voor keuze is echter afhankelijk van de verwachte gezondheidstoestand, locatie en demografische kenmerken van consumenten en bovenal van de toegevoegde waarde van individuele zorgaanbieders in het gecontracteerde zorgaanbod van zorgverzekeraars.

De *Option Demand*-methode verloopt in drie stappen. Allereerst wordt de zorgvraag naar individuele zorgaanbieders gemodelleerd met een *logit* keuzemodel. Als tweede stap worden deze patiëntenvoorkeuren vertaald naar een bereidheid tot betalen voor het opnemen van een zorgaanbieder in het gecontracteerde zorgaanbod van verzekeraars. Hoe groter het gecontracteerde zorgaanbod van een verzekeraar, hoe aantrekkelijker zijn polissen zijn voor consumenten. Door de betalingsbereidheid voor keuzevrijheid van consumenten krijgen zorgaanbieders onderhandelingsmacht over de prijzen die zij kunnen vragen aan zorgverzekeraars. In de derde stap wordt de betalingsbereidheid van consumenten om een zorgaanbieder in het gecontracteerde zorgaanbod te hebben, omgerekend naar contractprijzen tussen zorgaanbieder en verzekeraar. Door concentratievorming nemen de uitwijkmo-

gelijkheden van consumenten af en neemt hun betalingsbereidheid (en daarmee de contractprijzen) toe. De verwachte prijsstijging kan worden uitgedrukt in termen van de verandering van de betalingsbereidheid van consumenten om naar een zorgaanbieder te mogen.

In de oorspronkelijke publicatie werd een sterk vereenvoudigd onderhandelingsmodel gehanteerd waarbij contractprijzen evenredig waren met de toegevoegde waarde van een zorgaanbieder in het gecontracteerde zorgaanbod. Deze methode kan echter worden aangepast voor meer geavanceerde onderhandelingsmodellen (Dranove, Satterthwaite e.a. 2007). De *Option Demand*-methode is nog niet in de rechtszaal getoetst. Wel is recent een Amerikaanse empirische studie verschenen die voor twee ziekenhuisfusies in Florida en New York laat zien dat de *ex ante* inschattingen van bereidheid tot betalen voor toegang tot zorgaanbieders een goede verklaring geeft voor de *ex post* geobserveerde contractprijzen met zorgverzekeraars (Fournier en Gai 2007).

3 Empirische toepassing op de Nederlandse ziekenhuismarkten

3.1 Gehanteerde gegevensbronnen

In de vorige paragraaf zijn vier technieken voor marktafbakening besproken waarmee markten afgebakend kunnen worden. Waar in de eerste groep methodes (patiëntenstromen) direct rekenregels worden toegepast op de beschikbare data, wordt in de twee groep methodes (keuzemodellen) gebruik gemaakt van een model dat keuzegedrag probeert te verklaren.

Voor beide types marktafbakening zijn omvangrijke gegevensbestanden nodig om de berekeningen op uit te voeren. Om het feitelijke reisgedrag van patiënten per productmarkt te kunnen meten, is alleen informatie nodig over het type behandeling en de locatiegegevens van patiënten en ziekenhuizen. Voor het gebruik van de keuzemodellen moet toekomstig reisgedrag kunnen worden voorspeld. Hiervoor is behalve de demografische en medische gegevens (leeftijd, geslacht, diagnose) van de patiënt ook informatie nodig die voor de keuze van een patiënt relevant is. Naast de afstand tot een zorgaanbieder kunnen veel factoren voor een patiënt van belang zijn in de keuze voor een bepaald ziekenhuis. Te denken valt aan zaken als (openbare) kwaliteitsinformatie, het feit of zorg van een bepaald ziekenhuis gecontracteerd is in de verzekering van een patiënt, de medische faciliteiten van de zorgaanbieder (intensive care, spoedeisende hulp) of iets eenvoudigs als de beschikbaarheid van parkeergelegenheid.

Ziekenhuiszorg wordt in Nederland voornamelijk geregistreerd in diagnosebehandelcombinaties (DBC's). Deze DBC's worden door verzekeraars en ziekenhuizen gebruikt voor de declaratie van behandelingen. Per jaar worden in Nederland zo'n vijftien miljoen DBC's geregistreerd in het DBC Informatie Systeem (DIS). In deze gegevensbron is strikt geanonimiseerde informatie

beschikbaar over het wie, wat en waar van alle ziekenhuisbehandelingen in Nederland. Per behandeling zijn leeftijd, geslacht en postcode van de patiënt bekend, plus het ziekenhuis waarin de patiënt behandeld is en de betalende verzekeraar. De NZa heeft op grond van haar wettelijke bevoegdheden toegang tot deze gegevensbron.

Informatie over de herkomst van patiënten is op viercijferig postcodeniveau beschikbaar. Ook de reistijden tussen postcodes zijn op dit niveau beschikbaar. Op dit moment is er in Nederland nog niet of nauwelijks informatie beschikbaar over de kwaliteit van behandelingen. Alhoewel het in principe goed mogelijk is om de keuzemodellen te verrijken met de kwaliteitsinformatie, is dit vanwege gebrek aan gegevens in onderstaande analyses niet meegenomen. Doordat kwaliteitsinformatie voor patiënten en verzekeraars niet beschikbaar is, hebben patiënten een voorkeur voor nabijgelegen zorgaanbieders en is voor verzekeraars vooral het prijsniveau een belangrijke determinant voor opname in het gecontracteerde zorgaanbod. Het is in de toekomst mogelijk dat patiënten bereid zijn om verder te reizen als ze weten dat verder weg gelegen ziekenhuizen een betere kwaliteit bieden. Deze informatie kan goed in de keuzemodellen worden meegenomen.³

In dit artikel beperken wij ons tot alle klinische ziekenhuiszorg in Nederland over het jaar 2007.⁴ Dit beperkt het aantal DBC's tot ruim 1,6 miljoen. In de hieronder beschreven analyses lopen alle Nederlandse algemene en academische ziekenhuizen mee, met uitzondering van zelfstandige behandelcentra en zes groepen van categorale ziekenhuizen.⁵ In totaal zijn 96 zelfstandige aanbieders van klinische ziekenhuiszorg in het analysebestand vertegenwoordigd.

Soortgelijke analyses kunnen ook betrekkelijk eenvoudig worden uitgevoerd voor poliklinische zorg, of zelfs per medisch specialisme. Omwille van de ruimte en omdat de geografische marktafbakening in de mededingingspraktijk het meest omstreden is, werken we in het vervolg met de hypothese dat klinische ziekenhuiszorg een relevante productmarkt is. Bij marktafbakening in concrete mededingingszaken (fusies, AMM) zullen de mededingingsautoriteiten ook de productmarkt dienen af te bakenen, of te laten zien dat de geografische marktafbakening niet substantieel verandert bij een verdere verfijning van de productmarkt.

3.2 Resultaten

De Elzing-Hogarty-test

Alhoewel we eerder hebben betoogd dat de Elzing-Hogarty-methode niet geschikt is als methode om ziekenhuismarkten af te bakenen, presenteren we hier toch de

3. In de modellen die gebaseerd zijn op patiëntenstromen worden in dat geval andere reispatronen geobserveerd. Als patiënten onvoldoende verder reizen, worden de relevante markten groter (en de concentratie lager).
4. Het betreft alle DBC's die in het kalenderjaar 2007 zijn geopend. Een DBC dient binnen een jaar te zijn afgesloten. Er zijn dus ook DBC's die pas in 2008 zijn afgesloten. De declaratie van zulke DBC's valt echter onder de contractvoorwaarden en tariefregulering van 2007.
5. Het betreft centra voor revalidatie, astma & longrevalidatie, epilepsie, dialyse, audiologie en radiotherapie.

Tabel 1 Beschrijvende statistieken van verschillende Elzinga-Hogarty-markten

	minimum	Gemiddelde	Mediaan	Maximum
Aantal ziekenhuizen ...				
... waarvan concurrentie wordt ondervonden	0	3.9	4	9
... waaraan concurrentie wordt geboden	0	3.9	3	13
Aantal klinische DBC's per EH-markt	2.200	17.500	19.000	37.500
HHI in EH-markten	720	2510	1580	9230
C4-waarde in EH-markten	38%	76%	74%	98%

resultaten van deze methode op de Nederlandse ziekenhuismarkten. De reden is dat de gevonden markt bij de Elzinga-Hogarty-methode voor sterk gedifferentieerde producten (zoals een geaggregeerde productmarkt als alle klinische ziekenhuiszorg) vanwege de *silent majority fallacy* groter uitvalt dan op grond van verfijndere methoden zou zijn gevonden (Gaynor, Kleiner e.a. 2006). Een Elzinga-Hogarty-markt vormt in die zin een bovengrens van de werkelijke relevante geografische markt. De resultaten in deze paragraaf zijn dan ook illustratief bedoeld en zijn een optimistische inschatting van de werkelijke marktverhoudingen.

Wij hebben volgens de 'methode van aansluitende post-codegebieden' (Frech III, Langenveld e.a. 2003) voor alle 96 aanbieders van klinische ziekenhuiszorg de Elzinga-Hogarty-markt bepaald met een afkapgrens van 75 procent voor de LIFO- en LOFI-score. In Tabel 1 zijn enkele beschrijvende statistieken van de 96 verschillende Elzinga-Hogarty-markten weergegeven.

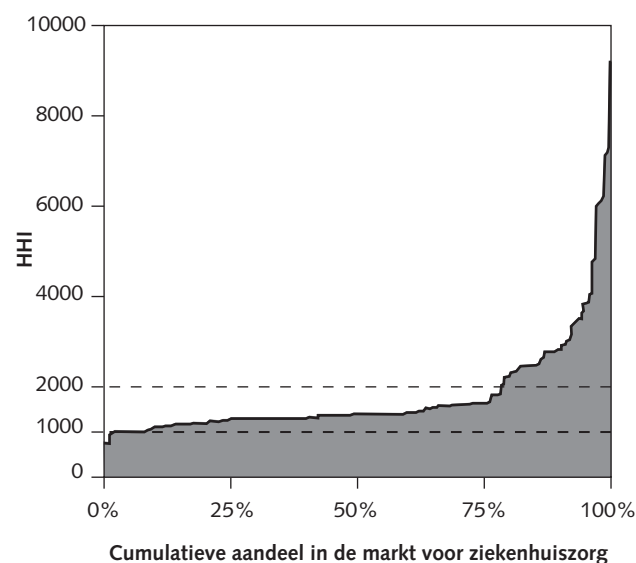
De tabel laat zien dat Nederlandse markten voor klinische ziekenhuiszorg sterk geconcentreerd zijn. Gemiddeld heeft een ziekenhuis minder dan vier concurrenten. Een ziekenhuis kan zelf ook in meerdere Elzinga-Hogarty-markten als concurrent voorkomen: een gemiddeld ziekenhuis biedt aan minder dan vier andere ziekenhuizen concurrentie, maar dit varieert van markt tot markt.⁶ In de gemiddelde Elzinga-Hogarty-markten worden negentienduizend DBC's per jaar geproduceerd. De grootste Elzinga-Hogarty-markt is ruim vijftien keer zo groot als de kleinste markt.

Twee veelgebruikte maten van concentratie zijn de Herfindahl-Hirschman Index en de C4-waarde. De HHI is de som van de gekwadrateerde marktaandelen en komt overeen met een gewogen gemiddelde marktaandeel (met als wegingsfactor de marktaandelen zelf). Deze waarde loopt van nul bij volledige mededinging tot tienduizend bij een monopolie. De C4-waarde is het opgetelde marktaandeel van de vier grootste spelers op een markt. De tabel laat zien dat Nederlandse markten voor klinische ziekenhuiszorg ook langs deze maatstaven sterk geconcentreerd zijn. De gemiddelde markt heeft een HHI van

2.510 (wat overeenkomt met een oligopolie van vier even grote spelers). Alhoewel meer dan de helft van de markten een HHI heeft van minder dan 1.580, hebben op de meeste markten in Nederland de vier grootste lokale aanbieders ruim driekwart van de markt in handen.

Figuur 2 geeft de marktconcentratie op de verschillende markten grafisch weer. De figuur laat zien dat het merendeel van de Nederlandse markten voor klinische ziekenhuiszorg een HHI tussen de duizend en tweeduizend hebben. In de mededingingspraktijk geldt dit als een 'matig geconcentreerde' markt. In ruim 20% van de Nederlandse markten is de HHI echter hoger dan tweeduizend: deze markten worden doorgaans aangeduid als 'sterk geconcentreerd'.

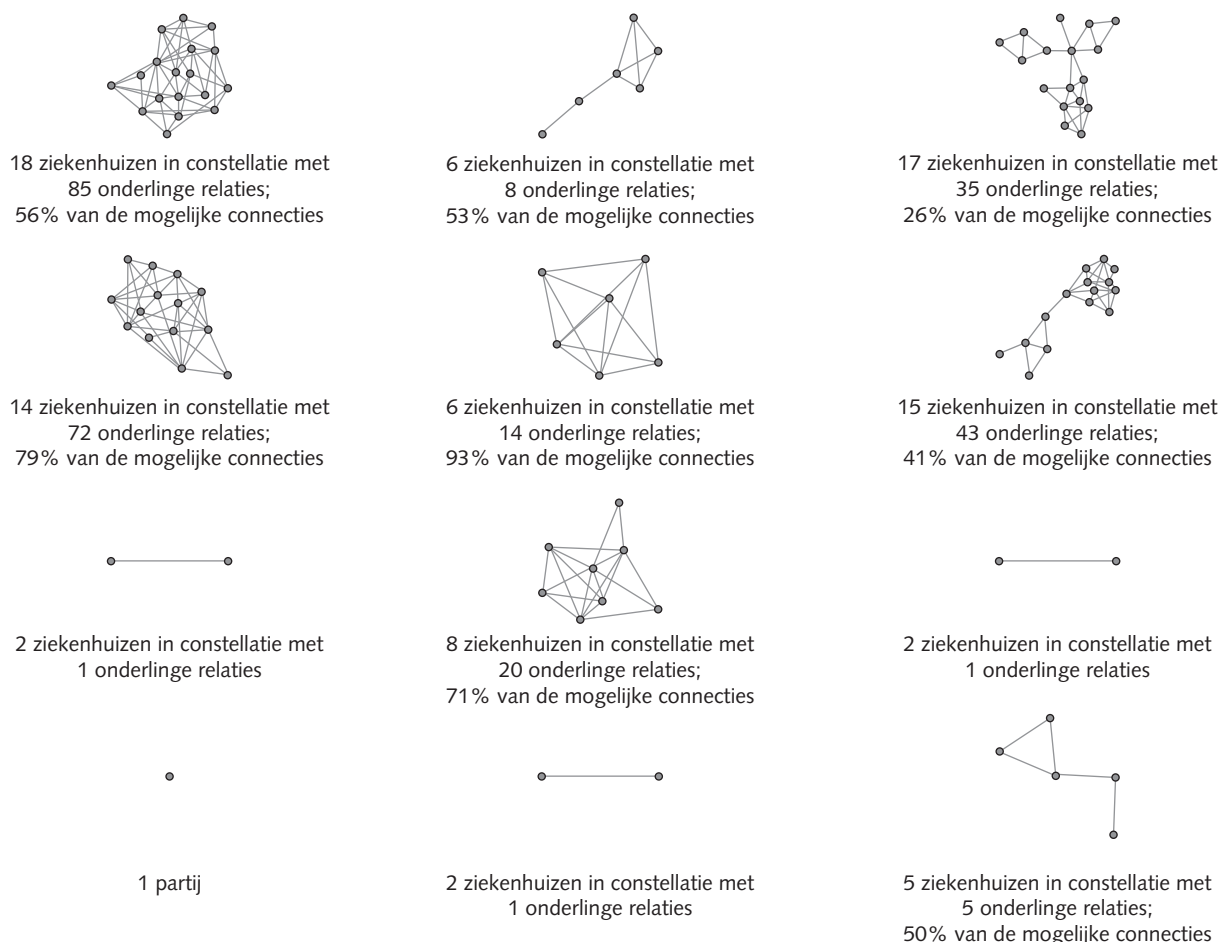
Figuur 2 Cumulatieve verdeling Herfindahl-Hirschman Index



De verzameling van postcodes die een Elzinga-Hogarty-markt vormen, kunnen met professionele kaartprogramma's (zoals MapInfo of ArcGIS) worden weergegeven. De NZa heeft daarnaast een interface ontwikkeld om deze markten ook in (het gratis toegankelijke) Google Earth te kunnen weergeven. Omwille van vertrouwelijkheid geven we hier echter geen markten van individuele aanbieders weer.

6. Elzinga-Hogarty-markten zijn doorgaans asymmetrisch: als B in de markt van A zit, hoeft A nog niet in de markt voor B te zitten. De achterliggende reden is dat patiënten uit de omgeving van A wel naar B willen reizen, maar dat dit andersom niet het geval is. Deze asymmetrie komt vooral voor bij plattelandziekenhuizen in de buurt van een grote stad.

Figuur 3 Constellaties van overlappende EH-markten



De relaties tussen ‘waarvan concurrentie wordt onder-vonden’ en ‘waaraan concurrentie wordt geboden’ tussen twee ziekenhuizen kunnen grafisch worden weergegeven op de kaart van Nederland door een lijn te trekken tussen de betreffende instellingen. De verschillende deels overlappende Elzinga-Hogarty-markten vormen op deze wijze wat in wiskundige termen een ‘graaf’ heet: een verzameling zorgaanbieders verbonden door onderlinge concurrentie.⁷ De markt voor Nederlandse klinische ziekenhuiszorg in 2007 blijkt uiteen te vallen in twaalf niet met elkaar verbonden constellaties van deels overlappende Elzinga-Hogarty-markten. De gemiddelde constellatie bevat acht aanbieders, met uitschieters variërend van één en achttien aanbieders. Deze zijn weergegeven in figuur 3. Een punt in een constellatie representeert een ziekenhuis. Een lijnstuk tussen twee ziekenhuizen geeft aan dat beide aanbieders van elkaars Elzinga-Hogarty-markt deel uitmaken. De grootte van de weergave van de zorgaanbieders in de grafen is niet evenredig met de omvang van de betreffende aanbieders gekozen en de locatie in een specifieke graaf is niet representatief voor de locatie van de corresponderende aanbieder op een kaart van Nederland.

7. Vanwege het asymmetrische karakter van Elzinga-Hogarty-markten betreft het een zogeheten gerichte graaf. Om de onherkenbaarheid van individuele aanbieders te waarborgen zijn slechts de ongerichte versies van de grafen weergegeven. In sommige clusters zijn omwille van de druk niet alle onderlinge relaties getekend. Voor de vorm belangrijke lijnstukken zijn altijd getekend.

Uit de figuur zijn daardoor geen individuele aanbieders te herleiden.

Naast een aantal zeer kleine constellaties (een monopolie en drie duopolies) zijn er ook een aantal relatief grote constellaties van meer dan tien aanbieders. Dit zijn veelal (maar niet uitsluitend) stedelijke gebieden. Van belang is echter dat niet elke aanbieder met iedere andere aanbieder in een constellatie concurreert omdat er instellingen bestaan die de cruciale link vormen tussen voor het overige niet-verbonden subgroepen van aanbieders. Dergelijke ketens van deels overlappende segmenten zijn ook bekend vanuit sterk gedifferentieerde sectoren als de auto-industrie: middenklassers concurreren met zowel instapmodellen als met luxe auto's, maar deze laatste twee segmenten oefenen onderling geen concurrentiedruk op elkaar uit.

De Logit Competition Index- en Option Demand-methoden
Voor zowel de LOCI- als de Option Demand-methode moet een keuzemodel geschat worden. Voor beide methoden hanteren wij hetzelfde keuzemodel. We verklaren daarbij de keuze van zorgaanbieder voor alle behandelingen uit de database door middel van een econometrisch model. Als verklarende variabele van ziekenhuiskeuze nemen we enkel en alleen de afstand van de patiënt tot de zorgaanbieder op. De reden hiervoor is dat een gedetailleerde analyse voor de gehele Nederlandse markt met patiëntkenmerken als verklarende variabele met de ons beschikbare software en hardware niet mogelijk is

Tabel 2 Correlatie tussen concurrentieindex (LOCI) en betalingsbereidheid van consumenten (WTP)

	WTP op basis van werkelijke marktaandelen	WTP op basis van voorspelde marktaandelen	LOCI op basis van werkelijke marktaandelen	LOCI op basis van voorspelde marktaandelen
WTP op basis van werkelijke marktaandelen	100%			
WTP op basis van voorspelde marktaandelen	72%	100%		
LOCI op basis van werkelijke marktaandelen	41%	50%	100%	
LOCI op basis van voorspelde marktaandelen	18%	48%	84%	100%

gebleken.⁸ Een gedetailleerde analyse voor deelregio's (zoals de patiënten uit een enkele Elzinga-Hogarty-markt) of minder geaggregeerde productmarkten zijn wel haalbaar (Varkevisser en Van der Geest 2007).

Niettemin is bekend dat afstand de belangrijkste determinant van ziekenhuiskeuze is.⁹ Met behulp van de regressieresultaten van een *conditional logit*-model kunnen de aantallen DBC's per zorgaanbieder worden voorspeld als functie van de reisafstand tussen de locatie van de zorgaanbieder en de locatie van de patiënt. De voorspelde aantallen DBC's blijken zeer goed overeen te komen met de werkelijke aantallen DBC's per ziekenhuis per postcodegebied. De variabele 'afstand van patiënt tot zorgaanbieder' uit de verschillende postcodegebieden verklaart 74 procent van de statistische variatie in de gemaakte keuzes van patiënten voor hun zorgaanbieder. Op grond van de voorspelde marktaandelen berekent de LOCI-methode per zorgaanbieder de LOCI-ratio. De *Option Demand*-methode berekent op haar beurt de betalingsbereidheid (in het vervolg afgekort tot WTP: de *willingness-to-pay*) van consumenten om de verschillende zorgaanbieders in het gecontracteerde zorgaanbod te hebben. Het blijkt dat de LOCI-ratio's en de WTP-waarden die op grond van de voorspelde marktaandelen bepaald zijn, nauw aansluiten met de LOCI-ratio's en WTP-waarden die op grond van de werkelijke marktaandelen berekend worden. In Tabel 2 zijn de correlaties tussen de verschillende grootheden weergegeven.

Tabel 2 laat zien dat de WTP en LOCI op basis van de voorspelde marktaandelen sterk correleren met de WTP en LOCI op basis van de werkelijke marktaandelen. Bijvoorbeeld 72% van de verschillen in de WTP op basis van de voorspelde marktaandelen, wordt verklaard door de WTP op basis van werkelijke marktaandelen.¹⁰ Daarnaast blijkt uit de tabel dat de LOCI- en de *Option*

Demand-methode – ondanks de verschillende wijze waarop patiëntenvoorkeuren vertaald worden naar contractprijzen tussen ziekenhuizen en verzekeraars – tot sterk overeenkomstige patronen leiden. Ziekenhuizen met een lage LOCI weten hun sterke positie om te zetten in een hoge WTP voor verzekerden om in het gecontracteerde zorgaanbod opgenomen te worden en vice versa.

Gaynor, Kleiner e.a. 2006 vinden eveneens dat de LOCI- en *Option Demand*-methoden in achttien van de negentien door hun geanalyseerde fusies tot gelijklopende conclusies leidden: fusies die op grond van de LOCI-methode als anticompetitief werden aangemerkt, werden ook door de *Option Demand*-methode als mededingingsbeperkend bestempeld en vice versa. Deze overeenkomstige conclusies van verschillende methoden versterken de economische robuustheid van de econometrisch gedreven methoden voor marktafbakening en het vaststellen van marktmacht.

4. Conclusies

Het vaststellen van marktmacht is noodzakelijk, zowel voor fusies als voor de beoordeling van economische machtsposities en aanmerkelijke marktmacht. Hiervoor bestaan twee methoden: een directe modellering van de marktgedragingen en de afbakening van een relevante markt. Een relevante markt is een verzameling van producten waarvoor er beperkte substitutiemogelijkheden bestaan vanuit zowel de vraagzijde als de aanbodzijde. De relevante markt heeft twee dimensies: de productmarkt en de geografische markt. In beide gevallen moet worden gekeken naar een groep van producten en producenten met weinig vraag- en aanbodsubstitutie. Vanwege het verzekeringskarakter van de zorg zijn methoden van marktafbakening in andere sectoren moeilijk direct toepasbaar in de gezondheidszorg. In dit artikel zijn verschillende methoden voor het vaststellen van marktmacht en het afbakenen van relevante markten in de gezondheidszorg beschreven.

De twee meest gebruikte methoden voor marktafbakening zijn de Elzinga-Hogarty-test en de *Critical Loss*-methode. Deze methoden zijn op patiëntenstromen gebaseerd. Beide methoden hebben als uitgangspunt dat de huidige consumptie- en productiepatronen maatgevend zijn voor de vraag- en aanbodpatronen na concentratie, ongeacht

8. De achterliggende technische reden is dat het onderliggende model een zogeheten *conditional logit* regressie vergt waarbij per patiënt voor alle mogelijk te kiezen zorgaanbieders een nieuwe observatie in het analysebestand dient te worden genomen. Dergelijke grote bestanden passen momenteel niet in het werkgeheugen van normale desktopcomputers. Door alleen afstand als verklarende variabele op te nemen, kunnen observaties uit dezelfde postcodegebieden gegroepeerd worden waardoor het analysebestand ruim vierduizend maal zo klein wordt.
9. Dit wordt veroorzaakt door gebrekkige informatie over met name kwaliteit en het ontbreken van prijsprikkels. Dit kan in de toekomst veranderen.
10. De correlatie is de mate van evenredige samenhang tussen twee grootheden. De correlatie kan in principe variëren van -100% (perfecte tegengestelde samenhang) tot +100% (perfecte evenredige samenhang).

eventuele differentiatie in voorkeuren van consumenten of productiemogelijkheden van producenten. Een verfijndere aanpak is om de huidige consumptie- en productiepatronen te modelleren aan de hand van observeerbare kenmerken van consumenten en producenten. Gegeven modellen van keuzegedrag en productiemogelijkheden, kan worden gesimuleerd hoe de door concentratievorming veranderende omstandigheden leiden tot verandering in consumptie- en productiebeslissingen.

Bij implementatie van deze methoden blijkt dat veel Nederlandse ziekenhuismarkten sterk geconcentreerd zijn. Bijna alle markten zijn op zijn minst matig geconcentreerd. Een kwart van de klinische ziekenhuiszorg wordt geleverd in sterk geconcentreerde markten. De geografische omvang van een op productniveau geaggregeerde Elzinga-Hogarty-markt leidt in de regel tot een lagere schatting van de marktmacht dan de andere methoden. Daarnaast blijken methoden voor het direct vaststellen van marktmacht, zoals de LOCI- en de *Option Demand*-methode, – ondanks de verschillende wijze waarop patiëntenvoorkeuren worden vertaald in ziekenhuisprizen – tot sterk overeenkomstige patronen te leiden. Deze conclusies zijn in lijn met de internationale literatuur. Dat verschillende methoden tot overeenkomstige conclusies komen, versterkt de robuustheid van de econometrisch gedreven methoden voor het vaststellen van marktmacht.

5. Dankwoord

Dit artikel is mede tot stand gekomen op basis van een in januari 2007 gehouden NMa – NZa workshop over markt-afbakening in de zorg. De auteurs willen, naast de deelnemers van de workshop, de volgende personen specifiek danken voor hun geleverde bijdrage: Martin Gaynor, William Vogt, Samuel Kleiner (Carnegie Mellon University, Pittsburgh), David Dranove, Andrew Sfekas (Kellogg School of Management, Chicago), Cory Capps (Department of Justice, thans Bates White Economics Consulting), Erik Schut en Marco Varkevisser (Erasmus Universiteit Rotterdam). Ten slotte worden Wolf Sauter (TILEC, Universiteit van Tilburg en NZa) en Eric van Damme (TILEC, Universiteit van Tilburg) bedankt voor hun opmerkingen op dit artikel. ■

Literatuurlijst

A.Y.O.D. Antwi, M. S. Gaynor e. a., *Evaluating the Performance of Merger Simulation: Evidence from the Hospital Market in California*, iHEA 2007 6th World Congress: Explorations in Health Economics Paper.
J.C. Blank, C. Haelermans e.a., *Schaal en Zorg: een internationale vergelijking*, Schaal en Zorg Achtergrondstudies, RVZ 2008.
P. Bogetoft, *Efficiency Gains from Mergers in the Health-care Sector*, NZa Research Paper Series (10), 2008.

P. Bogetoft en M. C. Mikkers, 'De voordelen en nadelen van fusies tussen ziekenhuizen', in: J. L. T. Blank, *Schaal op maat: Essays over Schaalvergroting in Zorg en Onderwijs*, Maastricht: Shaking Publishing B.V. 2009.
C.S. Capps, D. Dranove e.a., *The silent majority fallacy of the Elzinga-Hogarty criteria: a critique and new approach to analyzing hospital mergers*, National Bureau of Economic Research (NBER), Working Paper 8216, 2001.
C.S. Capps, D. Dranove e.a. (2003), 'Competition and Market Power in Option Demand Markets', *Rand Journal of Economics* 2003-34, p. 737-763.
DOJ/FTC, *Improving Health Care: A Dose of Competition*, Department of Justice and Federal Trade Commission, 2004.
D. Dranove, M. A. Satterthwaite e.a., *Boundedly Rational Bargaining in Option Demand Markets: An Empirical Application*, iHEA 2007 6th World Congress: Explorations in Health Economics Paper.
K.G. Elzinga en T. F. Hogarty, 'The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits', *The Antitrust Bulletin* 1973-18(1), p. 45-81.
K.G. Elzinga en T. F. Hogarty, 'The Problem of Geographic Market Delineation Revisited: The Case of Coal', *The Antitrust Bulletin* 1987-23(1).
G.M. Fournier en Y. Gai, *What Does Willingness-to-Pay Reveal About Hospital Market Power in Merger Cases?*, iHEA 2007 6th World Congress: Explorations in Health Economics Paper.
H.E. Frech III, J. Langenveld e.a., 'Elzinga-Hogarty Tests and Alternative Approaches for Market Share Calculations in Hospital Markets', *Antitrust Law Journal* 2003-71(3), p. 921-947.
M.S. Gaynor, S. Kleiner e.a., 'A Structural Approach to Market Definition: An Application to the Hospital Industry', Working paper Carnegie Mellon University 2006.
R.S. Halbersma, M. C. Mikkers e.a., *Market Structure and Hospital-Insurer Bargaining in the Netherlands*, TILEC Discussion Paper 2007(006).
B.C. Harris en J. J. Simons, 'Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary?', *Journal of Research in Law and Economics* 1989-12, p. 207-226.
M. Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, New York: Cambridge University Press 2004.
M. Varkevisser, C. S. Capps e.a., 'Defining hospital markets for antitrust enforcement: new approaches and their applicability to The Netherlands', *Health Economics, Policy and Law* 2008-3(1), p. 7-29.
M. Varkevisser en F. T. Schut, 'NMa moet strenger zijn bij toetsen ziekenhuisfusies', *ESB* 2008, p. 196-199.
M. Varkevisser en S. A. van der Geest, 'Why do patients bypass the nearest hospital? An empirical analysis for orthopaedic care and neurosurgery in the Netherlands', *The European Journal of Health Economics* 2007-8(3), p. 287-295.

Artikel

Efficiëntieverbeteringen in concentratiecontrole

Dr. T.W.P. van Dijk*

Fuserende partijen doen in de praktijk nauwelijks een beroep op efficiëntieoverwegingen wanneer ze hun transacties ter goedkeuring voorleggen aan mededingingsautoriteiten in Europa. De Zeeuwse ziekenhuisfusie in Nederland vormt hierop een uitzondering. Efficiëntieverweer is in Europa dan ook zelden doorslaggevend bij de beoordeling van fusies. Hoewel andere motieven achter fusies mogelijk zijn, moeten efficiëntieoverwegingen echter zeker niet worden uitgesloten. Daarom verdienen mogelijke efficiëntieverbeteringen meer aandacht dan ze nu krijgen in Europese fusiecontrole.

Inleiding – waarom niet meer efficiëntieverweer?

Hoewel de concentratieverordening sinds 2004 expliciet de mogelijkheid biedt, is er tot nu toe geen enkel geval van beslissend efficiëntieverweer geweest in een horizontale concentratiezaak voor de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa).¹ Het is mogelijk dat er binnenkort een primeur is met de Zeeuwse ziekenhuisfusie, maar dat is op het moment van schrijven van deze bijdrage niet bekend. Wel is bekend uit het publieke debat dat efficiëntieverweer in de beoordeling van deze transactie een belangrijke rol speelt. Deze mogelijke uitzondering daargelaten is het in het algemeen zo dat partijen nauwelijks zelfs maar een efficiëntieverweer hebben geprobeerd aan te voeren, ook niet als hun transactie dreigde te worden afgekeurd of alleen voorwaardelijk goedgekeurd was. En

voorts hebben wellicht bepaalde transacties niet plaatsgevonden omdat de inschatting vooraf was dat een efficiëntieverweer bij melding geen schijn van kans had. Voor concentraties die gemeld worden bij de Europese Commissie lijkt de situatie niet veel anders.

Het is verrassend dat fuserende partijen niet vaker gebruikmaken van het instrument efficiëntieverweer. Een mogelijke praktische verklaring is dat efficiëntieverweer in de praktijk vaak pas op het einde van een fusiebeoordelingsprocedure aan de orde komt, en alleen dan als er serieuze mededingingsproblemen zijn. De beoordeling van concentraties vindt namelijk plaats in twee stappen. In de eerste stap wordt beoordeeld of als gevolg van de concentratie de mededinging zodanig wordt beperkt dat prijzen zullen gaan stijgen (of equivalent hieraan: de kwaliteit of dienstverlening na de concentratie zal afnemen). In de tweede stap worden vervolgens mogelijke efficiëntieverbeteringen geanalyseerd. Echter, als de autoriteit in de eerste stap de inschatting maakt dat prijzen zullen stijgen, is het tij voor partijen in de tweede stap moeilijk te keren. En het indienen van een uitgebreid efficiëntieverweer al bij een fusiemelding zelf, kan gemakkelijk door de autoriteiten worden geïnterpreteerd als een signaal van partijen dat ze zelf ook serieuze mededingingsproblemen zien bij hun transactie.

Los van deze praktische overwegingen mag men toch verwachten dat ten minste in enkele gevallen efficiëntieverweer aan de orde is, op overtuigende wijze zou kunnen worden onderbouwd, en beslissend zou kunnen zijn bij de beoordeling van een concentratie.

Het niet of nauwelijks meenemen van efficiëntieverweer wijst ook op een inconsistentie in mededingingsbeleid. In zekere zin beperken alle horizontale fusies tussen substituten de mededinging – ook die fusies die tot bescheiden gecombineerde marktaandelen leiden. Door fusies met bescheiden gecombineerde marktaandelen niet kritisch te

83

* Dr. T.W.P. van Dijk is econoom bij Lexonimics.

1. Een 'beslissend' efficiëntieverweer leidt ertoe dat een afkeuring van een voorgenomen transactie een voorwaardelijke of onvoorwaardelijke goedkeuring wordt, of dat een voorwaardelijke een onvoorwaardelijke goedkeuring wordt.

beoordelen wordt impliciet verondersteld dat er efficiëntievoordelen moeten zijn die de (geringe) mededingingsbeperkende effecten compenseren. Ditzelfde kan worden afgeleid uit de fusietoets, die inhoudt dat de mededinging niet op significante wijze mag worden belemmerd. Niet-significante effecten, maar nog steeds mogelijk wel mededingingsbeperkend, worden blijkbaar geacht te worden gecompenseerd door efficiëntieverbeteringen.

Het is niet goed in te zien waarom de rol van efficiëntieverbeteringen volledig zou veranderen als de gecombineerde marktaandelen groter worden. De potentiële mededingingsbeperkende effecten worden weliswaar groter, maar zo ook de mogelijke efficiëntieverbeteringen. Er is geen economisch argument voorhanden waarom bij grote fusies de mededingingsbeperkende effecten, voor zover die worden vastgesteld, altijd groter zouden zijn dan de efficiëntievoordelen.

In deze bijdrage betoog ik dat er te weinig aandacht is voor efficiëntieoverwegingen in de beoordeling van concentraties. Dit leidt ertoe dat bepaalde concentraties worden afgekeurd, terwijl die wel zouden worden goedgekeurd als er meer rekening werd gehouden met efficiëntieverbeteringen (type I fout, ofwel het ten onterechte afkeuren van een transactie). Factoren die hieraan bijdragen zijn: (1) het niet integraal en gelijktijdig beoordelen van mogelijke mededingingsbeperkende effecten (prijsverhogingen) en efficiëntieverbeteringen door de autoriteit; (2) de strikte voorwaarden voor efficiëntieverweer; (3) de expliciete keuze voor een korte termijn consumentensurplus standaard die ertoe leidt dat bepaalde kostenbesparingen niet worden meegenomen; (4) de in de praktijk doorgaans lastig te kwantificeren motivering van efficiëntieverbeteringen; (5) het moment van het voeren van efficiëntieverweer, vaak laat in de procedure; en ten slotte (6) de bewijslast, die bij de fuserende partijen ligt. Deze factoren zorgen ervoor dat efficiëntieverbeteringen onvoldoende aan bod komen, en daarmee dat bepaalde fusies ten onrechte worden afgekeurd of alleen voorwaardelijk goedgekeurd. Het probleem van het tekort aan aandacht voor efficiëntieoverwegingen speelt meer algemeen bij concentratiebeoordeling in Europa, en heeft niet in het bijzonder betrekking op fusies in de zorgsector. Overwegingen die wel meer specifiek gelden voor zorgfusies, zoals de *not-for-profit* doelstelling van veel zorginstellingen en bepaalde methodes om efficiëntieverbeteringen te kwantificeren, zullen in deze bijdrage zoveel mogelijk worden benadrukt.

Economische analyse van efficiëntieverbeteringen

In een toonaangevend artikel in 1968 laat de econoom Williamson zien dat er doorgaans niet veel efficiëntieverbeteringen nodig zijn om de mededingingsbeperkende

effecten van een concentratie teniet te doen.² In de figuur, geval 1, worden de mededingingsbeperkende effecten als gevolg van het toenemen van de prijs (van p naar p') weergegeven door de driehoek. De efficiëntieverbeteringen als gevolg van het verlagen van de kosten (van c naar c') worden gevormd door de rechthoek. De observatie van Williamson was dat 'rechthoeken vaak groter zijn dan driehoeken'.³ Het meenemen van efficiëntieverbeteringen kan dus al snel cruciaal zijn bij concentratiebeoordeling. Drie aannames die ten grondslag liggen aan de analyse van Williamson zijn van belang.

Prijsniveau vóór de fusie

De eerste aanname is dat wordt uitgegaan van een situatie waarbij de prijs van het product van fuserende partijen vóór de fusie gelijk is aan de marginale kosten. Dit is bijvoorbeeld het geval bij 'perfecte concurrentie' of bepaalde vormen van 'Bertrand-concurrentie'. In die gevallen echter waarbij de startsituatie wordt gekenmerkt door een prijs boven de marginale kosten (en in de praktijk is dit is zo in de meeste gevallen), verandert de inschatting van efficiëntieverbeteringen tegenover mededingingsbeperkende effecten. Efficiëntieverbeteringen worden dan kleiner en mededingingsbeperkende effecten groter. Dit is in de figuur weergegeven als geval 2: de mededingingsbeperkende effecten (van p naar p') worden gevormd door het trapezium en de efficiëntieverbeteringen (van c naar c') door de rechthoek. In dit geval geldt dat 'rechthoeken niet altijd groter zijn dan trapezia'.

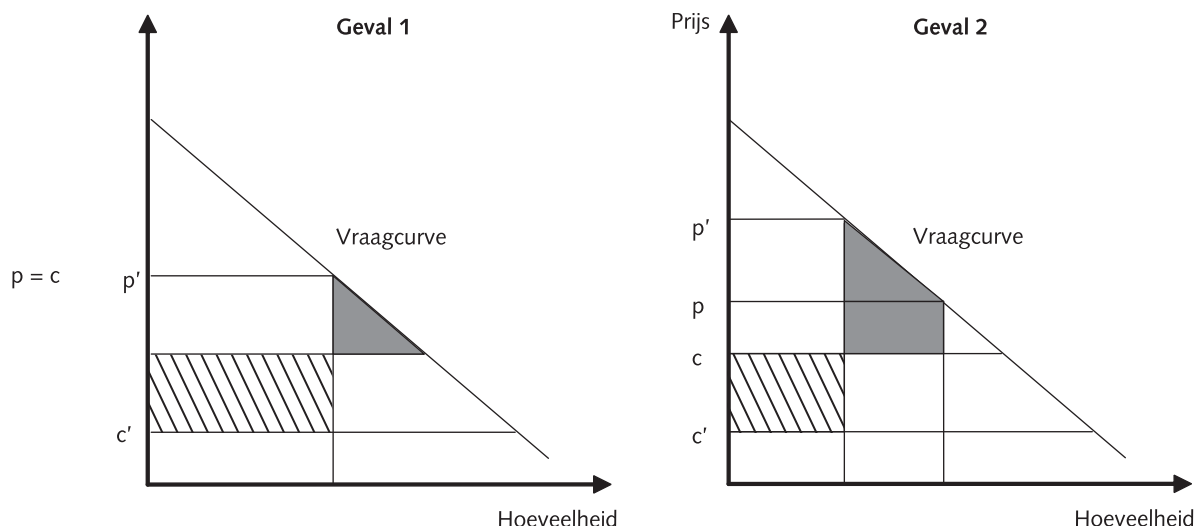
Standaard: consumentensurplus of totaal surplus?

De tweede aanname van Williamson is dat bij concentratiebeoordeling een totaal surplus standaard wordt gehanteerd. Dat wil zeggen dat een concentratie dient te worden goedgekeurd indien de *som* van de winst van partijen (het producentensurplus) en het consumentensurplus positief is. Onder een totaal surplus standaard mag de prijs dus op korte termijn toenemen (en daardoor het consumentensurplus afnemen), zolang een hogere winst als gevolg van efficiëntieverbeteringen dit maar meer dan compenseert. De verwachting kan wel zijn dat de efficiëntieverbeteringen op langere termijn tot lagere prijzen, en hoger consumentensurplus, zullen leiden, maar dit is niet noodzakelijk onder een totaal surplus standaard.

De NMa en de Europese Commissie hanteren een consumentensurplus standaard in plaats van een totaal surplus standaard. Bij een consumentensurplus standaard mag een concentratie op korte termijn niet leiden tot hogere prijzen voor consumenten, ook al zou het totaal surplus door de concentratie toenemen. Dit betekent dat efficiëntieverbeteringen zich op korte termijn moeten vertalen in lagere prijzen. De economische theorie laat zien dat in het algemeen alleen efficiëntieverbeteringen in de vorm van een verlaging van de variabele kosten op de korte termijn

2. O.E. Williamson, 'Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs', *American Economic Review* 1968-58, p. 407-426. Williamson, die op dat moment werkte bij de Department of Justice, schreef dit artikel in een tijd waarin de Amerikaanse mededingingsautoriteiten in het geheel geen rekening hielden met efficiëntieverbeteringen.
3. Zie M.D. Whinston, *Lectures on Antitrust Economics*, MIT Press 2006.

Figuur 1 Williamson's economische analyse van efficiëntieverbetteringen



dit effect heeft op prijzen. Dus alleen efficiëntieverbetteringen in de vorm van lagere variabele kosten zijn van belang onder een consumentensurplus standaard. Het is duidelijk dat de keuze voor een korte termijn consumentensurplus standaard de mogelijkheid van efficiëntieverweer beperkt. Besparingen van vaste kosten, zoals bijvoorbeeld het wegsnijden van dubbele overheadkosten, managementkosten en kosten van administratieve systemen, kunnen er geen onderdeel van uitmaken. En dynamische efficiëntieoverwegingen, zoals een verbeterde positie om nieuwe of verbeterde producten processen voort te brengen, kunnen al helemaal geen rol spelen.

De keuze tussen een totaal surplus of een consumentensurplus standaard is in essentie een vraag van inkomensverdelingbeleid. Een groter surplus bij ondernemingen (en hun aandeelhouders) wordt bij een consumentensurplus standaard als van minder belang beschouwd dan een groter surplus op korte termijn bij consumenten. Verder is de standaardkeuze ook een keuze van de termijn waarop voordelen bij de consumenten terecht dienen te komen. Het is mogelijk dat besparingen van vaste kosten zich op langere termijn vertalen in lagere prijzen voor consumenten, maar dat wordt onder een consumentensurplus standaard als een te lange tijdschouder beschouwd.

Men kan zich afvragen of in bepaalde gevallen een totaal surplus standaard niet neerkomt op een consumentensurplus standaard. In de zorgsector bijvoorbeeld zijn er veel *not-for-profit* organisaties, die deels afhankelijk zijn van overheidssubsidies. Toename van producentensurplus door efficiëntieverbetteringen, bijvoorbeeld door besparingen van vaste kosten, kan dan op korte termijn ook ten goede komen van consumenten, via lagere verzekeringspremies of lagere belastingen. Met andere woorden, ook onder een consumentensurplus standaard worden besparingen van vaste kosten dan meegenomen.⁴ Daarnaast gelden voor *not-for-profit* organisaties niet zonder meer de overwegingen die gelden voor de traditionele

for-profit ondernemingen waarvan wordt uitgegaan bij mededingingsbeleid. Een winstmaximaliserende *for-profit* onderneming zal bij toegenomen marktmacht *output* beperken zodat de prijs toeneemt en de winst hoger wordt. Een omzet- of hoeveelheidmaximaliserende *not-for-profit* organisatie heeft bij toegenomen marktmacht niet de prikkel om *output* te beperken. Dit alles betekent dat in geval van *not-for-profit* organisaties zoals in de zorgsector toegenomen marktmacht door fusies zich niet of minder snel vertaalt in een lager consumentensurplus.

Andere concurrentie dan prijsconcurrentie

Williamson's derde aanname is dat concurrentie de vorm aanneemt van prijsconcurrentie, en dat efficiëntieverbetteringen de vorm aannemen van kostenbesparingen. In werkelijkheid concurreren bedrijven niet alleen in prijs maar kunnen ze ook concurreren op bijvoorbeeld kwaliteit, dienstverlening, nieuwe en verbeterde producten, onderzoek en ontwikkeling en advertentie-inspanningen. En efficiëntieverbetteringen als gevolg van een fusie kunnen dan ook bestaan uit een verbeterde mogelijkheid voor fuserende partijen om in deze, andere dan prijs, dimensies te concurreren. Ook dit kan leiden tot voordelen voor consumenten.

Na Williamson zijn er diverse economische bijdragen geweest die efficiëntieverbetteringen door concentraties hebben geanalyseerd. In het bijzonder vermeldenswaardig is het (theoretisch) artikel van Farrell en Shapiro, waarin condities voor efficiëntieverbetteringen worden afgeleid waaronder concentraties, bij een consumentensurplus standaard, leiden tot lagere prijzen.⁵ Ze vinden

4. Zie bijvoorbeeld *Fusiecontrole in de gehandicaptenzorg* (Tiltec report 2007-002), waar dit punt ook naar voren wordt gebracht.

5. J. Farrell en C. Shapiro, 'Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis', *American Economic Review* 1990-80 (1), p. 107-26. Meer recente artikelen zijn G.J. Werden, 'A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products', *Journal of Industrial Economics* 1996-44, p. 409-413; L.M. Froeb en G.J. Werden, 'A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Homogeneous Products', *Economics Letters* 1998-58, p. 367-369; M. Gopelsroeder, M.P. Schinkel en J. Tuinstra, 'Quantifying the Scope for Efficiency Defense in Merger Control: The Werden-Froeb-Index', *Journal of Industrial Economics* 2008.

een vrij strikte voorwaarde waaronder prijzen na een fusie afnemen.⁶

Aparte beoordeling van prijsverhogende en prijsverlagende effecten

Een belangrijke factor die ertoe bijdraagt dat efficiëntieverbeteringen onvoldoende aandacht krijgen, is dat de beoordeling van prijsverhogende en prijsverlagende effecten niet integraal en gelijktijdig plaats vindt. Een autoriteit beoordeelt in een eerste stap of er mededingingsbeperkende effecten zijn die ertoe leiden dat de prijs na de fusie toeneemt, zonder in deze fase rekening te houden met mogelijke efficiëntieverbeteringen. In een tweede stap, en alleen als er significante mededingingsbeperkende effecten door de autoriteit worden aangetoond, is het aan meldende partijen om te motiveren dat de fusie tot efficiëntieverbeteringen leidt die deze mededingingsbeperkende effecten compenseren, zodat consumenten uiteindelijk niet slechter af zijn. Indien efficiëntieoverwegingen tegelijk en samen met mogelijke prijsverhogende effecten door de autoriteit werden meegenomen in de beoordeling, dan zouden ze meer aandacht krijgen.

Voorwaarden voor efficiëntieverweer

In de Europese Unie geldt sinds de concentratieverordening 2004 expliciet de mogelijkheid van efficiëntieverweer.⁷ In tegenstelling tot de mededingingsbeperkende effecten, ligt de bewijslast om efficiëntieverbeteringen aan te tonen niet bij de autoriteit die de fusie beoordeelt, maar bij de fuserende partijen. In de richtsnoeren horizontale fusies,⁸ hoofdstuk VII, worden drie cumulatieve voorwaarden voor een efficiëntieverweer aangegeven:

1. Efficiëntieverbeteringen dienen ten goede te komen van consumenten.
 2. Efficiëntieverbeteringen dienen specifiek uit de fusie voort te vloeien.
 3. Efficiëntieverbeteringen dienen verifieerbaar te zijn.
- Hierna zal elk van deze voorwaarden worden toegelicht. Daarbij wordt opgemerkt dat een mededingingsautoriteit direct kan beïnvloeden of aan de eerste voorwaarde wordt voldaan (de lat komt hoger te liggen als de mededingingsbeperkende effecten groter worden ingeschat); dat een

6. Namelijk dat het niveau van de marginale kosten van de gefuseerde onderneming lager moet zijn dan dat van de meest efficiënte van de fuserende ondernemingen, geëvalueerd op het outputniveau na de fusie.

7. Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. EU 2004, L 24/1.

8. Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. EU 2004, C 31.

mededingingsautoriteit nauwelijks in staat is om de tweede voorwaarde te toetsen; en dat de eisen aan het onderbouwen van efficiëntieverbeteringen onder de derde voorwaarde zwaarder lijken dan de eisen aan het onderbouwen van mededingingsbeperkende effecten.

Voordeel voor consumenten

De eerste voorwaarde is een expliciete keuze voor een consumentensurplus standaard.⁹ Zoals eerder uiteengezet betekent dit dat niet alle kostenbesparingen mee worden genomen in de beoordeling. Uitsluitend kostenbesparingen die leiden tot verlaging van de variabele kosten, resulteren op korte termijn in lagere prijzen. Daarbij merken de richtsnoeren horizontale concentraties¹⁰ nog op (in randnummer 84) dat hoe lager de concurrentiedruk is na de fusie (dus hoe groter de mededingingsbeperkende effecten zijn), hoe kleiner de kans is dat efficiëntievoordelen worden doorgegeven aan de consument. Met andere woorden, indien een autoriteit van oordeel is dat de mededingingsbeperkende effecten van een fusie groot zijn, wordt het moeilijker voor fuserende partijen om een efficiëntieverweer te voeren. Hierdoor kan de autoriteit de voorwaarden voor succesvol efficiëntieverweer vooraf direct beïnvloeden door de lat hoger te leggen, en wordt het relatief eenvoudig voor een autoriteit om een efficiëntieverweer te verwerpen.

Direct resultaat van de fusie

De tweede voorwaarde voor efficiëntieverweer stelt dat efficiëntieverbeteringen specifiek het gevolg moeten zijn van de fusie, en niet ook kunnen worden bereikt met minder concurrentiebeperkende middelen zoals contracten, *joint ventures* of strategische allianties. Men kan zich afvragen of een mededingingsautoriteit in staat is om voor de fuserende partijen te beoordelen of er vanuit commercieel en strategisch oogpunt alternatieven voor de fusie zijn die realistisch zijn.

Verifieerbaarheid

De derde voorwaarde houdt in dat de beweerde efficiëntieverbeteringen gemotiveerd en gekwantificeerd moeten zijn. Bovendien stellen de richtsnoeren bij deze voorwaarde dat de efficiëntieverbeteringen substantieel genoeg zijn om schade voor consumenten te compenseren. Het is niet alleen aan de fuserende partijen om efficiëntieverbeteringen aan te tonen, maar ook om aan te tonen dat deze per saldo niet leiden tot hogere prijzen. Met andere woorden, de *balancing act* van het afwegen van mededingingsbeperkende effecten (prijsverhogingen) tegenover efficiëntieverbeteringen (kostenbesparingen) moet door de partijen zelf worden uitgevoerd en onderbouwd. Deze eisen voor fuserende partijen lijken zwaarder te zijn dan die voor de mededingingsautoriteit die slechts moet aantonen dat er significante mededingingsbeperkende effecten op zullen treden. Daarvoor lijkt in de

9. Hoewel de VS ook een consumentensurplus standaard hanteren wordt deze voorwaarde voor efficiëntieverbeteringen in de *Horizontal Merger Guidelines* uit 1997 niet genoemd.

10. Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. EU 2004, C 31.

praktijk (nog) vaak te worden volstaan met de stelling dat het gecombineerde marktaandeel na de fusie hoog is.

Het voorkomen van efficiëntieverslechtingen

Tot slot bestaat er een categorie efficiëntieverbeteringen waaraan men niet zo snel denkt bij een efficiëntieverweer. Stel dat twee bedrijven elk niet langer onafhankelijk van elkaar kunnen voortbestaan, maar dat ze samen wel levensvatbaar zijn en consumentensurplus opleveren. Een fusie zou in dit geval dus voorkomen dat consumentensurplus afneemt. Het is evident dat onder een korte termijn consumentensurplus standaard een dergelijke fusie zou dienen te worden goedgekeurd. Uiteraard zou het kunnen zijn dat marktmacht door de fusie toeneemt, maar dat is gegeven de omstandigheden vooral een theoretische overweging, want zonder fusie geen onderneming en dus ook geen marktmacht. Het aanvoeren efficiëntieverbeteringen van deze categorie gaat richting het voeren van een 'reddingsfusie' argument (*failing firm defence*). De voorwaarden voor een reddingsfusie zijn echter nog strikter dan die voor efficiëntieverweer. Efficiëntieverbeteringen in de vorm van het voorkomen van het verslechteren van consumentensurplus, bijvoorbeeld als zonder de fusie een van de fuserende partijen niet langer een bepaald kwaliteitsniveau van diensten kan garanderen, worden dus waarschijnlijk in het geheel niet meegenomen.

Praktische motivering van efficiëntieverbeteringen

In de praktijk bestaan verschillende manieren om efficiëntieverbeteringen als gevolg van een fusie te onderbouwen.

Kwalitatieve onderbouwing

De eerste manier is wat ook wel genoemd wordt *story telling*. Hierbij gaat het om het systematisch verzamelen van kwalitatieve informatie om vast te stellen en te onderbouwen in welke kostencategorieën zich kostenbesparingen zullen voordoen en hoeveel. Röller, Stennek en Verboven geven een typologie van efficiëntieverbeteringen die een handige leidraad is bij *story telling*.¹¹ Ze onderscheiden:

- Optimalisering en rationalisering: het reorganiseren van het gebruik van productiefaciliteiten tussen fuserende partijen, met als doel de marginale productiekosten te verlagen (bijvoorbeeld door meer te produceren op de faciliteit met de lagere marginale kosten en minder op de duurdere faciliteit).
- Korte termijn schaal- en scopevoordelen: het reduceren van 'dubbele' vaste kosten kan in bepaalde gevallen leiden tot lagere prijzen, namelijk waar prijzen op de korte termijn gebaseerd zijn op gemiddelde totale (dat is, variabele en vaste) kosten.
- Technologische vooruitgang: het uitwisselen van kennis en *best practices* tussen fuserende partijen zodat bei-

de meer kostenefficiënt kunnen opereren. Een voorbeeld is het delen van octrooien.

- Inkoopvoordelen: het verkrijgen van een betere onderhandelingspositie op de inkoopmarkten zodat inkooprijzen afnemen. Indien leveranciers volumekortingen hanteren, leidt een hoger volume na de fusie automatisch tot lagere inkooprijzen.
- Reduceren van *organisational slack*: de reden achter een overname kan zijn dat de koper mogelijkheden ziet om meer efficiënt te opereren.

In het rapport *Improving Health Care: A Dose of Competition* worden verschillende met *story telling* onderbouwde efficiëntieverbeteringen besproken die door partijen in de VS naar voren zijn gebracht in ziekenhuisfusies.¹² Deze omvatten het reduceren van kapitaaluitgaven, de afname van banen (arbeidskosten) in management en in ondersteunende diensten, het onderbrengen van specifieke diensten in één locatie en de mogelijkheid om betere en meer complexe diensten te leveren aan patiënten.

Kwantitatieve onderbouwing

Naast de kwalitatieve onderbouwing via *story telling* kunnen efficiëntieverbeteringen ook meer kwantitatief worden onderbouwd. *Story telling* en kwantitatieve methoden zijn geen substituten maar vullen elkaar vaak aan in een efficiëntieverweer. Idealiter zou een efficiëntieverweer bestaan uit een *theory of efficiency*, equivalent aan een *theory of harm*, waarin *story telling* kwantitatief wordt onderbouwd.

Econometrische schatting kostenfunctie

Een eerste mogelijkheid voor kwantitatieve onderbouwing is een econometrische schatting te maken van de kostenfunctie van bijvoorbeeld ziekenhuizen, die de relatie tussen *inputs* en *outputs* weergeeft. Uit een econometrische schatting is direct af te leiden wat in het algemeen de schaal- en scope-effecten zijn. Een schatting van de kostenfunctie bijvoorbeeld op basis van een representatieve steekproef in ziekenhuizen kan inzicht verschaffen in de vraag of grotere ziekenhuizen tegen lagere kosten diensten aanbieden (schaaleffecten) en of bijvoorbeeld complementaire specialistengroepen kosten reduceren of de kwaliteit verhogen (scope-effecten). Om van deze algemene effecten naar efficiëntieverbeteringen in een specifieke fusiezaak te komen, kan vervolgens nog wel een lastige stap zijn. Een niet te onderschatten praktische beperking voor fuserende partijen die efficiëntieverbeteringen moeten onderbouwen, is dat deze doorgaans niet de kosteninformatie van andere marktpelers hebben om op deze manier kostenfuncties te schatten.¹³

Data Envelopment Analysis

Een andere kwantitatieve methode om efficiëntieverbeteringen in te schatten is *Data Envelopment Analysis* (DEA). DEA kwantificeert de posities van spelers ten opzichte van de meest efficiënte spelers in de markt, waarbij zoveel

11. L. Röller, J. Stennek en F. Verboven, 'Efficiency gains from mergers', in: *European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence?*, Edward Elgar, F. Ilzkovitz and R. Meiklejohn (eds.), Edward Elgar, 2006.

12. *Improving Health Care: A Dose of Competition*, Rapport door de VS Federal Trade Commission en de Department of Justice, juli 2004.

13. Een alternatief voor deze *cross-section* benadering is een *time-series* benadering, waarin eigen *inputs* en *output* in de loop van de tijd worden gebruikt om de eigen kostenfunctie te schatten.

mogelijk rekening wordt gehouden met factoren naast efficiëntie die kosten kunnen beïnvloeden. De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) heeft in 2008 een uitgebreid *research paper* uitgebracht dat ingaat op DEA om efficiëntieverbeteringen als gevolg van fusies in de zorgsector te beoordelen.¹⁴

Eenvoudig gesteld identificeert DEA eerst een *efficiency frontier* op basis van combinaties van *inputs* en *output* bij bestaande spelers. De *efficiency frontier* wordt gevormd door de meest efficiënte spelers. Vervolgens kan worden vastgesteld hoe ver elk van de fuserende partijen afzit van deze *efficiency frontier*. Aan de hand van veronderstellingen over de combinatie van *inputs* en *output* van deze partijen na de fusie wordt daarna bekeken hoe ver deze 'fictieve' onderneming zich van de *frontier* bevindt. Dit geeft een idee van de *potentiële* efficiëntieverbeteringen die in theorie mogelijk zijn door de fusie. DEA zegt echter niets over hoeveel van deze potentiële verbeteringen waarschijnlijk feitelijke verbeteringen worden. Wat hoogstens kan worden gezegd is of de potentiële verbeteringen uit de DEA groot genoeg zijn om mededingingsbeperkende effecten te compenseren. Als zelfs de maximaal haalbare verbeteringen onvoldoende groot zijn, dan is een efficiëntieverweer niet aan de orde.

Ook voor een DEA geldt dat het voor partijen lastig, of zelfs onmogelijk is, om de data te verzamelen die nodig zijn. Partijen hebben doorgaans geen toegang tot de *input* en *output* data die nodig zijn om DEA uit te voeren. Daarnaast kent DEA een aantal zwakke punten, hoewel er volop uitbreidingen en verbeteringen van de basis DEA hebben plaatsgevonden. Enkele zwaktes zijn: (1) de grote gevoeligheid van DEA voor *outliers* in de data (enkele waarnemingen die erg afwijken van de andere waarnemingen); (2) de veronderstelling van fictieve ondernemingen die bepaalde *input output* combinaties vertegenwoordigen terwijl deze in de praktijk niet aanwezig zijn; en (3) de onmogelijkheid om statistische toetsen uit te voeren en de betrouwbaarheid van inschattingen aan te geven. Deze zwaktes zorgen ervoor dat DEA lastig kan worden gebruikt bij de beoordeling van specifieke fusies.

Balancing act

De laatste stap bij efficiëntieverweer is de *balancing act* van het afwegen van efficiëntieverbeteringen tegen de mededingingsbeperkende effecten van een fusie, om vast te stellen of een fusie per saldo tot hogere of lagere prijzen leidt. Bork, een prominente mededingingseconoom van de Chicago School heeft, in mijn ogen enigszins overdreven, gesteld dat een dergelijke *balancing act* onmogelijk is in specifieke zaken.¹⁵ In sommige gevallen kan de afweging wel degelijk plaatsvinden in een fusiesimulatiemodel. Net zoals de effecten van een fusie voor de evenwichtspijzen in een dergelijk model kunnen worden gesimuleerd, kunnen ook verlagingen van lagere marginale kosten in het model worden ingevoerd, teneinde het netto-effect op prijzen in het model te bepalen.

Conclusie

Efficiëntieverbeteringen krijgen in concentratiecontrole momenteel te weinig aandacht. In de praktijk komen efficiëntieverbeteringen niet of nauwelijks aan de orde bij de beoordeling van horizontale fusies in Nederland en Europa. Dit kan ertoe leiden dat bepaalde fusies ten onrechte worden afgekeurd of slechts voorwaardelijk goedgekeurd. Een belangrijke factor die hieraan bijdraagt is de aparte beoordeling door de autoriteit van eerst de mogelijke prijsverhogende effecten, en daarna de mogelijke efficiëntieverbeteringen. Een andere belangrijke factor is de expliciete keuze voor een korte termijn consumentensurplus standaard in de eerste voorwaarde voor efficiëntieverweer. Zonder een pleidooi te willen houden voor totaal surplus standaard dient wel te worden beseft dat: (1) een consumentensurplus standaard bepaalde efficiëntieverbeteringen buiten beschouwing laat; (2) in sectoren met veel *not-for-profit* organisaties er weinig of geen verschil bestaat tussen consumentensurplus en producentensurplus, omdat besparingen van vaste kosten ook onder een consumentensurplus standaard worden meegenomen; en (3) er een kortetermijndimensie aan de standaard zit – op langere termijn zijn alle kosten variabel en hebben alle kostenbesparingen de potentie om prijzen te verlagen. Andere factoren die voor te weinig aandacht voor efficiëntieoverwegingen zorgen, zijn de (te) strikte voorwaarden voor efficiëntieverweer; de in de praktijk doorgaans lastig te kwantificeren motivering van efficiëntieverbeteringen; de timing van efficiëntieverweer, vaak laat in de procedure; en ten slotte de bewijslast, die bij de fuserende partijen ligt.

Er zijn ten minste drie manieren waarop efficiëntieverbeteringen beter kunnen worden meegenomen in concentratiecontrole: (1) het opstellen van richtsnoeren waarin in detail wordt uiteengezet welke efficiëntievoordelen worden meegenomen bij fusie beoordeling, en hoe die kunnen worden onderbouwd ('richtsnoeren efficiëntieverbeteringen in fusies'); (2) zonder op een totaal surplus standaard over te stappen, het laten vallen van de expliciete voorwaarde bij efficiëntieverweer dat efficiëntievoordelen ten goede moeten komen van eindgebruikers (dit is de eerste voorwaarde van efficiëntieverweer); en (3) het integraal en gelijktijdig beoordelen door een mededingingsautoriteit van mogelijke mededingingsbeperkende effecten én efficiëntieverbeteringen van een fusie, waarbij de bewijslast ook bij de autoriteit ligt.¹⁶ Een integrale beoordeling heeft vanuit economisch perspectief duidelijk de voorkeur omdat een fusie tegelijk de marktverhoudingen én de kosten beïnvloedt. Beide factoren bepalen de prijzen na de fusie. Bovendien is een autoriteit in staat om kosteninformatie van meerdere ondernemingen te verzamelen en bevindt zich dus in een betere positie om efficiëntieverbeteringen in te schatten. ■

14. *Efficiency Gains from Mergers in the Healthcare Sector*, NZa 2008.

15. R.H. Bork, *The Antitrust Paradox*, The Free Press 1978.

16. Sinds de 1994 *Guidelines* is het ook in de VS gebruikelijk dat de mogelijke anti- en procompetitieve effecten van concentraties integraal worden beoordeeld door de autoriteiten.

Artikel

De beoordeling van samenwerkingsvormen in de zorg onder artikel 6 Mw

Ketenzorg is geen kartel

Mr. drs. B.M.M. Reuder, dr. G. Tezel en mr. I.W. VerLoren van Themaat*

Het ministerie van VWS staat in de zorg zowel meer concurrentie als meer samenwerking voor, waaronder samenwerking in de vorm van ketenzorg. Dat lijkt op het eerste gezicht paradoxaal. Marktwerking wordt immers vaak geassocieerd met de plicht voor partijen zelfstandig strategische keuzes te maken, terwijl ketenzorg juist vergaande afstemming verlangt. Dit artikel laat zien dat het mededingingsrecht niet in de weg staat aan realisatie van beide beleidsdoelen. Het mededingingsrecht biedt voldoende ruimte voor samenwerkingen die bijdragen aan de zorgdoelen kwaliteit, betaalbaarheid en bereikbaarheid, doch verbiedt afspraken die de marktwerking verder beperken dan noodzakelijk is voor de realisatie van deze doelstellingen.

1. Inleiding

Langzaam maar zeker wordt marktwerking in de zorg geïntroduceerd. Meer concurrentie dwingt en motiveert zorginstellingen volgens het ministerie van VWS de beste kwaliteit zorg te leveren.¹ Tegelijkertijd onderstreept VWS ook het belang van samenwerking.² Een prominente vorm van samenwerking is de ketenzorg. Ketenzorg bestaat bijvoorbeeld in de ziekenhuiszorg, bij chronisch

zieken,³ bij zwangerschap en geboorte,⁴ in de GGZ⁵ en bij dementiepatiënten.⁶ In 2008 riep VWS ten aanzien van dementie zorgkantoren en zorgaanbieders nog op er 'met elkaar voor te zorgen dat (...) er een structureel, samenhangend en op de behoeften van de cliënt afgestemd aanbod aan dementiezorg is' en 'te komen tot meer sturing op samenhang'.⁷

In hoeverre verdraagt meer marktwerking zich met meer afstemming? Marktwerking wordt vaak in verband gebracht met de plicht voor partijen zelfstandig strategische keuzes te maken, terwijl ketenzorg juist verlangt dat diverse keuzes onderling worden afgestemd – hetgeen in

89

* Mr. drs. B.M.M. Reuder is advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam. Dr. G. Tezel is principal manager bij PricewaterhouseCoopers Advisory. Mr. I.W. VerLoren van Themaat is advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam.

1. Zie <www.minvws.nl/dossiers/marktwerking-in-de-zorg/default.asp>.

2. Ibid.

3. Inspectie voor de Gezondheidszorg, *Staat van de Gezondheidszorg 2003, Ketenzorg voor chronisch zieken*.

4. Brief van de minister van VWS van 16 juli 2008 aan de Tweede Kamer inzake *Ketenzorg zwangerschap en geboorte*.

5. *Position paper* GGZ Nederland over de WMO d.d. 18 maart 2008, <www.nicis.nl/kenniscentrum/binaries/kcgs/bulk/bijeenkomsten/WMO/ggzwmopositionpaper.pdf> en GGZ: relevant en effectief, beleidsagenda bestuur GGZ Nederland, p.10, februari 2009, <www.ggz nederland.nl/scrivo/asset.php?id=285179>.

6. VWS, *Zorgverzekeraars Nederland en Alzheimer Nederland, Leidraad Ketenzorg Dementie*, 28 juli 2008.

7. Gelle Klein Ikkink, namens staatssecretaris Bussemaker, *Aanbod dementiezorg afstemmen op cliënt*, conferentie Vilans, *Sturing op samenhang in de dementiezorg*, 28 maart 2008, <www.vilans.nl/Site_LDP/docs/PDF/Verslag1%20Werkconferentie%20Ketenzorg%20Dementie%2028mrt08.pdf>, laatstelijk geraadpleegd op 15 februari 2009. Opmerkelijk is dat de staatssecretaris daarbij oproept tot een cultuurverandering 'in de zin van: minder kijken naar de prijs en aantal behandelingen en meer naar de samenhang en de kwaliteit van de zorg' ten aanzien van zorg voor dementiepatiënten.

de praktijk overigens niet altijd even gemakkelijk blijkt.⁸ Uiteraard ligt het voor de hand dat eerst politieke eensgezindheid en helderheid ontstaat over de te varen koers tussen deze ideologieën alvorens het recht als instrument of waarborg voor deze koers wordt ingeroepen. Dit artikel beoogt evenwel duidelijk te maken dat het analytisch kader van het mededingingsrecht ruimte biedt voor een middenkoers.⁹ Een koers die samenwerking respecteert die bijdraagt aan de zorgdoelen kwaliteit, betaalbaarheid en bereikbaarheid, doch afspraken die de marktwerking verder beperken dan noodzakelijk is voor de realisatie van deze doelstellingen, verbiedt.

2. Definiëring van ketenzorg

In openbare bronnen vindt men een verscheidenheid van definities van 'ketenzorg'. VWS definieert ketenzorg als:

'het samenhangend geheel van zorginspanningen dat door verschillende zorgaanbieders onder een herkenbare regiefunctie wordt geleverd, waarbij het cliëntproces centraal staat (wat blijkt uit geformaliseerde afspraken tussen betrokken zorgaanbieders over samenhang en continuïteit van de patiëntenzorg). In de zorgketen bestaan gradaties van eenvoudig en strikt volgtijdelijk tot complexe zorg.'¹⁰

Andere definities van 'ketenzorg' benadrukken onder meer het opeenvolgend karakter van de verschillende soorten zorg,¹¹ de onlosmakelijkheid van de diverse schakels in de keten en het feit dat de partijen zowel zelfstandig als afhankelijk van elkaar functioneren.¹²

De bestaande definities verschillen van elkaar wat betreft inhoud, terminologie en mate van detail. Ketenzorg wordt wel in het algemeen geassocieerd met een zorgaanbodstructuur waarin verschillende zorgverleners als een samenhangend geheel fungeren. Vaak wordt 'het samenhangend geheel' gerealiseerd door een samenwerkings-

overeenkomst. Ketenzorg wordt dan ook vaak gecontrasteerd met de 'traditionele' zorg waarbij zorgverleners 'los van elkaar' of 'autonoom' opereren. Hieronder bespreken wij vijf aspecten van ketenzorg die telkens terugkomen in de definities.

1. Continuïteit van zorg

Ketenzorg wordt vaak gezien als een synoniem voor 'continuïteit van zorg'. Ketenzorg wordt dan geassocieerd met samenwerking ten behoeve van de efficiënte doorstroom van patiënten. Sommige definities wijzen ook op de inhoudelijke, medische continuïteit. Zie bijvoorbeeld de definitie van VWS waarin wordt verwezen naar 'complexe zorg'.

Afhankelijk van het type ketenzorg is het volgtijdelijke karakter explicieter aanwezig. Zo bestaat in de keten van thuiszorg en daaropvolgende verzorgingshuiszorg een duidelijker onderscheid tussen de schakels dan bij bijvoorbeeld acute zorg, waar verschillende vormen van zorg bijna gelijktijdig kunnen worden aangeboden. Ook is het mogelijk dat een patiënt in een ketensamenwerking bepaalde zorg meerdere keren ontvangt. Bijvoorbeeld een ggz-patiënt die eerst niet-klinische zorg ontvangt, vervolgens klinische zorg bij verslechtering van de situatie en uiteindelijk weer niet-klinische zorg krijgt wanneer het weer beter gaat. De begrippen 'continuïteit' en 'samenhang' spelen een centrale rol in onze definitie. Voor een brede toepasbaarheid omvat onze definitie zowel logistieke als inhoudelijke continuïteit.

2. De scope van samenwerking

Een aantal beschrijvingen van 'ketenzorg' verwijst naar brede samenwerkingsverbanden, zoals een ziekenhuis en een verpleeghuis die een 'keten' vormen voor alle patiëntengroepen die diensten van beide zorgverleners afnemen. Andere beschrijvingen verwijzen naar heel specifieke samenwerkingsvormen zoals samenwerking in het kader van een bepaalde aandoening, zoals bij ketens voor diabetespatiënten. Voor een brede toepasbaarheid omvat onze definitie zowel brede als specifieke 'ketenzorg'.

3. Complementaire diensten

Een terugkerend element in de beschrijvingen van ketenzorg is dat de verschillende aanbieders in de keten complementaire, niet-substitueerbare diensten aanbieden voor de patiënt. Om dit aspect te benadrukken verwijzen wij naar complementaire diensten in onze definitie.

4. Samenwerking tussen ondernemingen

De meeste definities gaan er voorts van uit dat ketenzorg samenwerking inhoudt tussen meerdere onderling onafhankelijke ondernemingen. Hoewel de metafoor van de 'keten' ook kan verwijzen naar een situatie waarin zorgverleners binnen één zorginstelling (denk bijvoorbeeld aan verschillende medische specialisten in één ziekenhuis) nauw samenwerken, valt dit buiten onze definitie van ketenzorg.¹³

13. Omdat mededingingsrecht niet speelt ten aanzien van afspraken binnen één onderneming in de zin van het mededingingsrecht, beperken wij ons tot ketenzorg die geleverd wordt door meerdere, onafhankelijke ondernemingen.

8. Zo merkte de staatssecretaris van VWS naar aanleiding van vragen van de vaste commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport op: 'Niet concurrentie maar met name ketensamenwerking is voor mij een centraal thema in de ontwikkeling van de AWBZ in de komende jaren.' (Verslag van een schriftelijk overleg, *Kamerstukken II* 2007/08, 26 631, nr. 270, p. 10).

9. Zie ten aanzien van ketenzorg en mededingingsrecht ook <www.minvws.nl/dossiers/awbz/voor-medewerkers-in-de-zorg/keten-zorg/>, laatstelijk geraadpleegd op 15 februari 2009.

10. VWS, *Zorgverzekeraars Nederland en Alzheimer Nederland, Leidraad Ketenzorg Dementie*, 28 juli 2008, p. 22.

11. 'Opeenvolging van verschillende soorten zorg die diverse zorgaanbieders aanbieden aan de patiënt/cliënten waarbij die zorgaanbieders gezamenlijk zorgen voor een vloeiend verloop', <www.thesauruszorgenwelzijn.nl/ketenzorg.htm>, laatstelijk geraadpleegd op 20 februari 2009.

12. Zie <www.clientenraad-zorgsaam.nl/archief/algemeen/ketenzorg.htm>, laatstelijk geraadpleegd op 12 februari 2009: 'Met "ketenzorg" bedoelen we dat de zorgverlening bestaat uit een groot aantal onderdelen. De zorg wordt verleend door verschillende zorgverleners die allemaal, als schakels in een keten, onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en volledig op elkaar zijn ingespeeld. Een keten is een samenwerkingsverband tussen partijen die zowel zelfstandig als afhankelijk van elkaar functioneren. (...) Het ketenzorgproces bevat de opeenvolgende stappen van hulpvraag tot zorgverlening.'

5. Organisatie van samenwerking

De meeste definities zwijgen over de organisatorische vorm en invulling van de samenwerking. In de definitie van VWS wordt wel verwezen naar 'formele afspraken' en naar een herkenbare regiefunctie. Tussen de zorgketens onderling bestaan overigens grote verschillen ten aanzien van de organisatie. Ketenzorginitiatieven variëren van relatief informele samenwerkingsverbanden tot meer formele verbanden (convenanten, intentieverklaringen). In bepaalde gevallen worden sturende, regisserende organen gevormd (bijvoorbeeld in de vorm van een stuurorgaan bestaande uit een multidisciplinair team), terwijl dit in andere gevallen niet gebeurt. Voor een brede toepasbaarheid omvat onze definitie geen verwijzing naar een specifieke organisatorische vorm.

Voor de toepassing van het mededingingsrecht op ketenzorg lijkt op grond van het voorgaande de volgende brede definitie aangewezen:

'Keten zorg is een geheel van zorg waarbij onderscheiden zorgondernemingen complementaire diensten individueel, doch in gecoördineerd verband aan (specifieke) patiënten of patiëntgroepen verlenen ten behoeve van de onderlinge samenhang en (logistieke of inhoudelijke) continuïteit van die zorg.'

Ketenzorg en keten-dbc

Een gebrek aan zelfstandige financiering van de keten (deels veroorzaakt door de gecompartmenteerde financieringsstructuur van de zorg) wordt vaak gezien als een belemmerende factor voor bestaande initiatieven in ketenzorg.¹⁴ Het ministerie van VWS heeft geëxperimenteerd met een nieuwe financieringssysteem voor Diabetes Keten zorg, de keten-diagnosebehandelcombinatie (hierna: keten-dbc).¹⁵ Volgens deze systematiek is het mogelijk de verschillende onderdelen van de diabetesketen als één integraal product in te kopen en te declareren. De systematiek houdt verder in dat een 'ketenzorggroep' wordt opgericht die de verantwoordelijkheid heeft voor het organiseren van de zorg en de samenwerking tussen de partijen.¹⁶ Gezien de nog beperkte omvang gaat dit artikel niet nader in op keten-dbc's en richt zich op ketens waarbij iedere schakel in de keten zelfstandig onderhoudt met de zorginkoper over de prijzen en hoeveelheden.

14. Zie <www.vilans.nl/Site_ketenzorgdementie/docs/pdf/financieringLimburg.pdf> (laatstelijk geraadpleegd op 5 maart 2008) voor een voorbeeld van een financieringsoplossing.

15. Zie ZonMw, Programma Diabetes Keten zorg, <www.zonmw.nl/fileadmin/cm/kwaliteit_en_doelmatigheid/documenten/Diabetes/programmatekst_diabetes_ketenzorg_15febr06.pdf>, laatstelijk geraadpleegd op 15 maart 2009.

16. Zie M. de Bruin en J. Struijs, 'Keten-dbc's en zorggroepen onder de loep: waar liggen de verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden?', *JGRplus* 2008-2, p. 46 e.v.

3. Mededingingsrechtelijke beoordeling ketenzorg

3.1 Algemene opmerkingen

Hoewel over samenwerkingsvormen in het algemeen veel mededingingsrechtelijke literatuur bestaat,¹⁷ geldt dat minder voor het *species* ketenzorg. De Richtsnoeren zorg bijvoorbeeld, noemen het begrip ketenzorg slechts summier.¹⁸

De eerste vraag bij een mededingingsrechtelijke beoordeling van ketenzorg is of de desbetreffende zorgmarkt wel open staat voor concurrentie. Gezien onder andere de 'zware' regulering van vele zorgsectoren, is dit niet altijd evident.¹⁹ Voorts is het voor de mededingingsrechtelijke kwalificatie en beoordeling van ketenzorg van belang onderscheid te maken tussen samenwerkingsverbanden tussen (potentiële) concurrenten enerzijds en die tussen niet-concurrenten anderzijds. In het eerste geval is sprake van een horizontale samenwerking, in het tweede geval van een niet-horizontale samenwerking (hierna ook: samenwerking met conglomeraatkarakter). Bij combinaties van beide, kan eerst het horizontale karakter van de samenwerking worden beoordeeld en, indien deze in overeenstemming is met het mededingingsrecht, vervolgens het niet-horizontale.²⁰ Na een beschrijving van factoren die mogelijkheden tot concurrentie in zorgmarkten beïnvloeden (par. 3.2), wordt hierna eerst op de horizontale aspecten ingegaan en de situatie besproken waarbij partners in de keten op bepaalde markten (ook) met elkaar (kunnen) concurreren (par. 3.3) en voorts op de gevallen waarbij de ketenpartners geen (potentiële) concurrenten van elkaar zijn (par. 3.4). In de vierde en laatste plaats wordt in dit hoofdstuk ingegaan op efficiëntievoordelen (par. 3.5).

Wij gaan overigens uit van de premisse dat zuivere ketenzorg niet tot doel heeft de mededinging te beperken.²¹ Het doel van het organiseren van een zorgketen is immers de realisatie van de onderlinge samenhang en (logistieke of inhoudelijke) continuïteit van de door de verschillende

17. Zie bijvoorbeeld de Mededeling van de Commissie van 6 januari 2001, Pb. EG 2001, C 3/2, houdende richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (hierna: Richtsnoeren horizontalen), de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen zoals laatstelijk gewijzigd op 22 april 2008 en de Richtsnoeren voor de zorgsector van de NMa van 10 december 2007 (hierna: Richtsnoeren zorg).

18. Richtsnoeren zorg, randnummer 174 e.v.

19. Vgl. CBB 6 oktober 2008, *Nederlands Instituut van Psychologen e.a./NMa*, LJN BF8820.

20. Vergelijk de Bekendmaking van de Commissie van 13 oktober 2000, Pb. EG 2000, C 291, inzake de toetsing van verticale overeenkomsten aan artikel 81 EG (hierna: Richtsnoeren verticalen), punt 29.

21. De visie dat bij belemmering van de mededinging rond ketenzorg in ieder geval niet zonder meer sprake is van hardcore kartels, is ook wel te vinden in de NMa-besluiten waarin zij boetes heeft opgelegd aan zorginstellingen: 'In verschillende opzichten acht de Raad de onderhavige marktverdeling niet gelijk te stellen met "klassieke" heimelijke kartels waarin afspraken worden gemaakt en gehandhaafd omtrent prijzen en productie welke op basis van ervaring vrijwel zeker tot prijsopdrijving leiden.' (besluit NMa 19 september 2008, zaak 6108, *Kennemerland*, randnummer 218, en besluit NMa 19 september 2008, zaak 5851, *Thuiszorg 't Gooi*, randnummer 249).

instellingen verleende complementaire zorg.²² De navolgende analyse spitst zich daarom toe op de gevolgen van ketenzorg.

3.2 Context van de zorg

In de zorg is vooralsnog geen sprake van volledige marktwerking maar van een naar zorgterrein gedifferentieerde en geleidelijke transitie naar gereguleerde marktwerking.²³ De ruimte en prikkels voor concurrentie zijn dan ook niet vanzelfsprekend in de zorg. Een voorbeeld uit de thuiszorg illustreert dit. Een thuiszorginstelling is voor haar financiering afhankelijk van de budgetten die door het zorgkantoor ter beschikking worden gesteld. Het zorgkantoor werkt vaak met garantiebudgetten waardoor reeds gecontracteerde zorgaanbieders jaarlijks een deel van de in het voorafgaande jaar gerealiseerde productie gegarandeerd krijgen. Indien het zorgkantoor met zeer hoge garantiebudgetten werkt, moet onderzocht worden of de zorgaanbieders nog wel geprikkeld worden om te concurreren aangezien zij gegarandeerd zijn met toekomstige inkomsten.

In de recente NIP-zaak benadrukte het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) de noodzaak onderzoek te doen naar de economische context in de zorg. Het CBB meende dat de NMa – gezien de economische context van de zorg – onvoldoende aannemelijk had gemaakt dat prijsadviezen de mededinging konden beperken. Partijen hadden gesteld dat prijs in de desbetreffende zorgmarkt geen concurrentieparameter was. Zij verwezen daarbij naar de invloed die huisartsen hebben in hun rol van verwijzer van patiënt – de patiënt kiest niet op basis van prijs maar ‘luistert’ naar de huisarts – en de rol van (aanvullende) verzekeringen – de patiënt ‘voelt’ de prijs niet direct in zijn portemonnee – als twee factoren waardoor prijs mogelijk niet als een concurrentieparameter kon worden gezien. Tegen deze achtergrond concludeerde het CBB dat de NMa niet kon volstaan met de enkele aanname dat een tariefadvies onvermijdelijk zou leiden tot een mededingingsbeperking.²⁴

De complexiteit van de beoordeling van zorggerelateerde zaken neemt ook toe door de aanwezigheid van zorgaanbieders zonder winstoogmerk. Economische theorie biedt gemengde antwoorden op de vraag of ondernemingen zonder winstoogmerk marktmacht uitoefenen.²⁵

3.3 Ketenzorg als horizontale samenwerking

Hoewel zorgketens doorgaans complementaire, niet-substitueerbare diensten betreffen, betekent dit niet dat partijen geen concurrenten van elkaar kunnen zijn. Wanneer de ketenpartners op korte termijn en zonder aanzienlijke,

bijkomende kosten en risico's kunnen overschakelen naar de productie van elkaars producten, in reactie op een geringe, doch duurzame wijziging van de betrokken prijzen, zijn zij vanuit het perspectief van het aanbod *actuele* concurrenten van elkaar (onmiddellijke substitueerbaarheid aan de aanbodzijde). Wanneer de ketenpartners wel kosten zouden moeten maken om over te schakelen, maar in staat en waarschijnlijk bereid zouden zijn de vereiste investeringen te doen, worden zij gezien als *potentiële* concurrenten.²⁶

In beide gevallen wordt de samenwerking gezien als horizontaal. De eerste vraag is dan of de kern van de samenwerking op zichzelf de mededinging beperkt. Is dat niet het geval, dan moet vervolgens worden onderzocht of de individuele afspraken in het kader van de samenwerking de mededinging verder beperken dan noodzakelijk voor de verwezenlijking van de (legitieme) doeleinden van de samenwerking.²⁷ Bij deze beoordeling dient mede te worden gelet op de inhoud en de aard van de samenwerking en de positie van partijen op de relevante markten.²⁸

Inhoud van de samenwerking en beoordeling

Als eerder aangegeven, zullen ketenzorgcontracten voornamelijk zien op de te leveren kwaliteit van de zorg, kennisdeling en onderlinge afstemming van de zorg. Bij de mededingingsrechtelijke beoordeling dienen alle verschillende onderdelen van de samenwerking nauwgezet op mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid te worden getoetst. Zo verbood de NMa in 2008 een samenwerking tussen de Gooische zorgaanbieders Hilverzorg, Vivium en Thuiszorg Gooi en Vechtstreek (hierna: TGV).²⁹ Hilverzorg en Vivium hadden als kernactiviteiten intramurale AWBZ, terwijl TGV voornamelijk actief was op het gebied van thuiszorg (huishoudelijke verzorging thuis (hierna: HV) en persoonlijke verzorging en verpleging (hierna: PV&VP), alle in dezelfde geografische markt.³⁰ De drie zorginstellingen droegen verschillende zorgactiviteiten aan elkaar over en spraken daarbij onderling af patiënten naar elkaar door te verwijzen. TGV droeg één deel van haar PV&VP over aan Hilverzorg en het andere deel aan Vivium.³¹ Hilverzorg en Vivium droegen op hun

22. Vgl. voorts de door de NMa gesignaleerde trend in de richting van ketenzorg die 'onder andere [is] ingezet om de kwaliteit van zorg te verbeteren en de cliënten langer aan de organisatie te kunnen binden', (besluit RvB NMa 10 augustus 2006, zaak 5574, *Amstelring – Zonnehuisgroep Amstelland*, randnummer 51).

23. Vgl. antwoord van minister Klink van 4 maart 2009 op vragen van het lid Schippers, Aanhangsel *Handelingen* 2008/09, nr. 1759.

24. CBB 6 oktober 2008, *Nederlands Instituut van Psychologen e.a./NMa*, LJN BF8820.

25. M. Gaynor en W. Vogt, 'Antitrust and Competition', in: A.J. Culyer and J.P. Newhouse, *Health Care Markets Handbook of Health Economics*, 1999.

26. Richtsnoeren horizontalen, noot 8 en noot 9.

27. Vgl. HwJEG 12 december 1995, zaak 399/93, *Luttikhuis /Coberco*, *Jur.* 1995, p. I-4515, punten 12-14.

28. De relevante productmarkt wordt gedefinieerd als de markt die alle producten en/of diensten omvat die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd. De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.

29. Besluit NMa 19 september 2008, zaak 5851, *Thuiszorg 't Gooi*.

30. *Ibid.*, randnummers 79-85.

31. Vóór deze overdracht (in 2004) had TGV in zorgkantoorregio 't Gooi exclusief Almere een marktaandeel van tussen de 50 en 60 procent, terwijl zowel Vivium als de rechtsvoorganger van Hilverzorg een marktaandeel had onder de 10 procent (zie besluit NMa van 4 november 2005, zaak 4212, *De Basis – Thuiszorg Gooi en Vechtstreek – Vivium*, randnummer 58).

beurt hun HV-activiteiten over aan TGV.³² Wat betreft de onderlinge verwijzing zouden Hilverzorg en Vivium enerzijds en TGV anderzijds in onderlinge samenwerking de cliënten verwijzen naar elkaars producten, die in verschillende gebieden werden aangeboden.³³

Deze overdracht en verwijzing had volgens partijen onder meer tot doel het aanbieden van wijkgerichte zorg en ketenzorg. Partijen definieerden dit als het aanbieden van een samenhangend en zo volledig mogelijk pakket van zorg. Uitgangspunt van partijen was daarbij de zorg in beginsel op lokaal niveau aan te bieden, tenzij aanbod op regionaal niveau meer aangewezen was (wijkgerichte zorg).³⁴ De (enkele) regionale functies van Vivium en Hilverzorg werden bij de herordening geschrapt. TGV bleef actief als regionale zorgaanbieder.³⁵

De NMa oordeelde dat betrokken zorginstellingen hiermee niet alleen tot doel hadden wijkgerichte zorg en ketenzorg tot stand te brengen,³⁶ maar ook het afzonderlijke doel hadden de onderlinge concurrentie voor de HV en PV&VP te beperken.³⁷ Daarbij werd onder meer overwogen dat indien slechts wijkgerichte zorg en ketenzorg³⁸ het doel zou zijn, de eenmalige overdrachten van zorgteams en een beperkte samenwerking tussen TGV en Hilverzorg, dan wel tussen TGV en Vivium voldoende was geweest. Daarbij zou de concurrentie tussen Hilverzorg en Vivium kunnen blijven bestaan. De nauwe samenwerking, waarbij de onderlinge concurrentie tussen de drie betrokken ondernemingen werd uitgeschakeld, althans beperkt, werd door de NMa gezien als een afzonderlijke concurrentiebeperking en een doel op zich.³⁹

Deze zaak illustreert hoe in het geheel van afspraken rondom het realiseren van ketenzorg (al dan niet onbedoeld) bepaalde afspraken kunnen zitten die worden gezien als mededingingsbeperkend. Hoewel eenmalige overdracht van bepaalde activiteiten op zichzelf wel toelaatbaar was, kunnen juist andere afspraken als mededingingsbeperkend worden aangemerkt. Bij elke vorm van samenwerking tussen (potentiële) concurrenten dient de inhoud en de aard van de samenwerking nauwgezet te worden bestudeerd.

32. Vóór deze overdracht (in 2004) had TGV in zorgkantoorregio 't Gooi een marktaandeel van tussen de 70 en 80 procent, terwijl Vivium een marktaandeel van minder dan 1 procent had en de rechtsvoorganger van Hilverzorg een marktaandeel had van circa 1 procent (zie besluit NMa van 19 september 2008, zaak 5851, *Thuiszorg 't Gooi*, randnummer 212).

33. Besluit NMa 19 september 2008, zaak 585, *Thuiszorg 't Gooi*, randnummers 85 en 115.

34. De partijen kozen hiermee niet als complementaire aanbieders gezamenlijk de verschillende ketens te vormen (vergelijk de definitie onder par. 2), maar juist de desbetreffende activiteiten over te dragen opdat de ketens zo veel mogelijk binnen één (locale) onderneming zou vallen.

35. Besluit NMa 19 september 2008, zaak 5851, *Thuiszorg 't Gooi*, randnummer 115.

36. Hoewel ketenzorg in dit verband niet expliciet door de NMa wordt genoemd in het besluit, noemt zij dit wel in de samenvatting NMa besluiten *Thuiszorg 19 september 2008*, p. 3, <www.nmanet.nl/Images/SAMENVATTING%20%20zorgzaken_tcm16-119482.pdf>, laatstelijk geraadpleegd op 19 maart 2009.

37. Besluit NMa 19 september 2008, zaak 5851, *Thuiszorg 't Gooi*, bijvoorbeeld randnummer 156.

38. Zie opmerking noot 213.

39. Besluit NMa 19 september 2008, zaak 5851, *Thuiszorg 't Gooi*, randnummer 186.

Noodzakelijkheid van de bijkomende afspraken

Als eerder aangegeven, moeten, na het onderzoek van de kern van de samenwerking, de bijkomende bepalingen worden onderzocht. Als een bijkomende bepaling in de ketenzorgovereenkomst de mededinging zou beperken, moet vervolgens worden beoordeeld of deze wellicht noodzakelijk is voor het bereiken van efficiënte ketenzorg.⁴⁰ Het kartelverbod geldt namelijk niet als de mededingingsbeperkende afspraak (1) efficiëntievoordelen biedt die (2) voor een billijk deel worden doorgegeven aan de patiënt of financier van de zorg, terwijl (3) de afspraak niet verder gaat dan noodzakelijk en (4) de mededinging niet voor een wezenlijk deel uitschakelt.

Ook hier zullen de bepaling en de eventuele efficiëntievoordelen moeten worden gezien tegen de achtergrond van de gehele samenwerking. Daarbij kunnen vragen worden gesteld als: zou een ketenpartner zorginhoudelijke informatie met een ketenpartner delen wanneer de ketenpartner deze informatie zou kunnen gebruiken om later met hem te concurreren? Verwijst een ketenpartner zijn klanten naar een concurrent? Niet kan worden uitgesloten dat mededingingsbeperkende afspraken nodig kunnen zijn om de prikkels voor samenwerking te vergroten. De geoorloofdheid daarvan zal mede afhangen van de mate en aard van de efficiëntieverbeteringen en de positie van partijen op de relevante markten.

3.4 Ketenzorg als samenwerking met een conglomeraatkarakter

Relatie tussen ketenpartners

In de meeste gevallen zal ketenzorg een horizontaal karakter ontberen. Dat betekent niet automatisch dat de keten verticaal van karakter is. De ketenpartners staan immers doorgaans niet in een leverancier-afnemerrelatie tot elkaar. Elke ketenpartner levert zijn dienst rechtstreeks aan de patiënt, waarbij over de leveringsvoorwaarden rechtstreeks met die patiënt, c.q. diens verzekeraar wordt onderhandeld.⁴¹

Zonder strikt horizontale of verticale relaties tussen de zorgaanbieders onderling, doet ketenzorg denken aan fusies met een conglomeraatkarakter.⁴² Dergelijke fusies worden wel omschreven als 'fusies tussen ondernemingen waarvan de onderlinge betrekkingen noch louter horizontaal zijn (zoals tussen concurrenten op dezelfde markt), noch verticaal (zoals tussen leverancier afnemer)'. Typische voorbeelden zijn fusies 'tussen leveranciers van com-

40. Vgl. de 'specialisatieovereenkomst' waarin partijen afspreken om niet naar de productie van elkaars producten te overschakelen. Zie ook de toetsing van afspraken in het kader van ketenzorg aan de voorwaarden van de Verordening inzake specialisatieovereenkomsten (Verordening (EG) nr. 2658/2000, Pb. EG L 304/3) in besluit NMa 19 september 2008, zaak 5851, *Thuiszorg 't Gooi*, randnummer 220 e.v.

41. In de Richtsnoeren zorg worden in voorbeeld 18 ketenzorgafspraken echter wel als verticale overeenkomsten beoordeeld.

42. De term 'verticaal' dient onzes inziens te worden voorbehouden aan de traditionele verticale relatie waarin een afnemer van een leverancier in dezelfde bedrijfskolom een product of dienst afneemt (vergelijk artikel 2 lid 1 Vo. 2790/1999). Doordat ketenzorg dit verticale karakter in beginsel niet kent, mag het doorgaans niet als verticaal worden aangemerkt (zie overigens voor een andere visie besluit RvB NMa van 19 september 2008, zaak 5851, *Thuiszorg 't Gooi*, randnummer 198).

plementaire producten die tot een assortiment behoren dat doorgaans door hetzelfde soort afnemers voor hetzelfde eindgebruik wordt afgenomen'.⁴³ Voor zover voor de beoordeling van samenwerkingsvormen gepast, zal daarom in het navolgende inspiratie worden gezocht bij het beoordelingskader voor fusies met een conglomeraatkarakter.⁴⁴

Ketenzorg en uitsluiting

Het belangrijkste mededingingsrechtelijke risico bij niet-horizontale ketens is dat markten worden afgeschermd. In het analytisch denkkader ten aanzien van niet-horizontale fusies wordt dat risico alleen realistisch geacht indien aan de volgende drie, cumulatieve voorwaarden is voldaan: *ability*, *incentive* en *effect*. Toegepast op samenwerkingsvormen, brengt dit mee dat alleen sprake is van een ontoelaatbare situatie ingeval (1) de samenwerking de mogelijkheid geeft concurrenten van de markt te stoten (*ability*), (2) de samenwerking partijen een prikkel geeft derden uit te sluiten (*incentive*), en (3) een dergelijke afscheringsstrategie een aanzienlijke, althans merkbare ongunstige invloed heeft op de mededinging, daarmee de gebruikers benadelend (*effect*).⁴⁵

1. Ability

Uitsluiting veronderstelt ten eerste een significante mate van exclusiviteit. Indien alle aanbieders van een bepaalde zorg in de keten *de jure* en *de facto* tot de keten kunnen toetreden, is er geen uitsluiting. Van een exclusieve ketenzorgrelatie kan bijvoorbeeld sprake zijn indien een grote thuiszorgaanbieder met een verzorgingshuis afsprekt (een significant deel van) alle patiënten die verzorgingshuiszorg nodig hebben, door te verwijzen naar deze instelling, terwijl deze laatste zich ertoe verplicht deze patiënten op te nemen. Indien deze doorverwijzingen een zodanige omvang betreffen dat deze alleen al voldoende zijn voor een significant deel van de bezetting van de capaciteit van het verzorgingshuis, kan de samenwerking voor een *de facto* exclusieve relatie zorgen, ook indien het verzorgingshuis op zichzelf ook andere patiënten mag aannemen. Een dergelijke exclusiviteit kan enerzijds de concurrenten van het verzorgingshuis uitsluiten (bij beperkte overige vraag) en voorts concurrenten van de thuiszorginstelling benadelen indien het desbetreffende verzorgingshuis een door patiënten geprefereerde instelling is. Exclusiviteit kan dan wel intern, tussen de zorgaanbieders onderling, zijn afgesproken, het zal pas effect sorteren als de eerste aanbieder in de keten de patiënt kan dwingen de volgende schakel in de keten te contracteren. En dat is doorgaans niet het geval. De in de Richtsnoeren niet-

horizontale fusies genoemde mogelijkheden van (technische of contractuele) koppeling en (zuivere of gemengde) bundeling als instrumenten voor afscherming,⁴⁶ zullen zich bij ketenzorg minder snel voordoen. Ketenzorg vindt immers voornamelijk volgtijdelijk plaats waardoor in elk geval technische koppeling en zuivere bundeling niet goed mogelijk is.⁴⁷ Ook van contractuele koppeling of gemengde bundeling lijkt op voorhand niet snel sprake te zijn bij zorgaanbod.⁴⁸ In de context van fusies gaat de NMa ervan uit dat *de facto* koppeling mogelijk is door een gemeenschappelijk merk of de sturende effecten van een verwijzende fusiepartner.⁴⁹ Daarbij lijkt zij ervan uit te gaan dat een concurrent op de gekoppelde productmarkt deze binding niet eenvoudig ongedaan kan maken.⁵⁰ De mogelijkheid tot uitsluiting zal dan afhangen van de mate waarin vrijblijvende verwijzingen het keuzegedrag van de patiënten beïnvloeden.

In de derde plaats zal koppeling of bundeling pas tot effectieve afscherming van (secondaire) zorgmarkten kunnen leiden indien bij ten minste één van de producten van de ketenpartners marktmacht bestaat, bijvoorbeeld omdat het een noodzakelijke behandeling is waarvoor weinig alternatieven bestaan.⁵¹ Ook is marktafscherming slechts mogelijk als sprake is van een grote gemeenschappelijke groep van patiënten voor de desbetreffende zorgdiensten.⁵²

Afschermingseffecten zijn verder doorgaans groter indien schaalvoordelen een rol spelen en de vraag op elk gegeven moment dynamische gevolgen heeft voor de toekomstige aanbodsomstandigheden op de markt.⁵³ Indien exclusieve doorverwijzingen van een groot verzorgingshuis naar één bepaald verpleeghuis er bijvoorbeeld in resulteert dat de concurrenten van deze laatste onder hun kritische bezettingsgraad raken, zou een probleem kunnen ontstaan.⁵⁴ Hetzelfde geldt voor bepaalde medische ingrepen die slechts mogen worden verricht indien een minimaal aantal verrichtingen per jaar wordt gerealiseerd.⁵⁵ Anderzijds

43. Richtsnoeren van 28 november 2007, Pb. EU 2008, C 265, voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van Verordening 139/2004, punt 91 (hierna: Richtsnoeren niet-horizontale fusies).

44. Naast de Richtsnoeren niet-horizontale fusies zal worden gerefereerd aan de beschikkingenpraktijk van de NMa inzake zorgfusies, voor zover relevant.

45. Richtsnoeren niet-horizontale fusies, punt 94. Bij de beoordeling van zorgfusies met een conglomeraatkarakter heeft de NMa zich tot dusver vrijwel uitsluitend uitgelaten over de vraag of uitsluiting mogelijk is. In een enkel geval heeft de NMa gerefereerd aan de mogelijkheid van prikkels tot uitsluitingsgedrag (besluit NMa 29 januari 2007, zaak 5882, SVRZ-Amalévo, nr. 49).

46. Vgl. Richtsnoeren niet-horizontale fusies, punt 95 e.v.

47. Vgl. Richtsnoeren niet-horizontale fusies, punt 98 onder verwijzing naar de zaak COMP/M.3304 – GE/Amersham (2004), randnummer 35.

48. Het lijkt immers niet waarschijnlijk dat patiënten bereid zullen zijn bij afname van zorgaanbod in een bepaalde schakel, zich er voorts toe te verplichten zorg van andere specifieke schakels, indien nodig, af te nemen. Voorshands lijkt alleen in bijzondere gevallen, zoals bij keten-dbc's, het zorgaanbod contractueel te kunnen worden gekoppeld of gebundeld (gemengde bundeling).

49. Zie ten aanzien van het gebruik van een gemeenschappelijk 'merk' bijvoorbeeld besluit RvB NMa 27 juli 2006, zaak 5206, Pantein-STBNO, randnummer 92, en ten aanzien van doorverwijzing bijvoorbeeld besluit RvB NMa 10 augustus 2006, zaak 5574, Amstelring-Zonnehuisgroep Amstelland, randnummer 68.

50. Vgl. Richtsnoeren niet-horizontale fusies, punt 103, waarin de Commissie aangeeft dat zij bij haar onderzoek beoordeelt of er doeltreffende en snel uitvoerende tegenmaatregelen zijn die de concurrerende ondernemingen zullen nemen.

51. Richtsnoeren niet-horizontale fusies, punt 99.

52. Vgl. Richtsnoeren niet-horizontale fusies, punt 100.

53. Ibid., punt 101.

54. Zie ten aanzien van ketenzorg tussen verzorgingshuiszorg en verpleeghuiszorg bijvoorbeeld besluit NMa 7 november 2006, zaak 5740, Laak & Eemhoven-Amant, randnummer 74 e.v.

55. Vgl. in dit verband de professionele richtlijnen voor Percutane Coronaire Interventies als opgesteld door de Nederlandse Vereniging voor Cardiologie.

kan ondercapaciteit bij concurrenten, zich bijvoorbeeld uitende in wachtlijsten, het risico op uitsluitingseffecten verminderen. De wachtlijsten verzekeren de mogelijk uit te sluiten concurrenten van voldoende vraag om de schaalvoordelen te behouden.⁵⁶

Concluderend lijkt in de ketenzorg niet al te snel sprake te zijn van een *ability* tot uitsluiting. De mogelijkheid zal voornamelijk bestaan indien sprake is van ten minste één partij die een vorm van marktmacht heeft (bijvoorbeeld in de vorm van reputatie of volume (marktaandeel)). Daarnaast zal door het bijzondere karakter van ketenzorg niet snel sprake zijn van (al dan niet contractuele) koppeling en bundeling.

2. Incentive

Indien afscherming wél *mogelijk* is, zal vervolgens moeten worden nagegaan of partijen ook een *prikkel* tot afscherming hebben. Deze prikkel hangt af van de winstgevendheid van de afschermende strategie.

Een belangrijk verschil met niet-horizontale fusies is dat bij niet-horizontale samenwerkingsvormen de mogelijke winst die uitsluiting van concurrenten *downstream* of *upstream* bij de begunstigde ketenpartner oplevert, niet direct ten goede komt aan de andere ketenpartners. Prikkel kunnen bij een samenwerking echter bestaan indien de verwijzende en de ontvangende partij om andere redenen baat hebben bij de exclusieve overeenkomst. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als de verwijzende partij extra cliënten verworft vanwege de exclusieve toegang die het kan bieden tot een bepaalde, zeer gevraagde zorgaanbieder. Is de opvolgende schakel in de keten niet populair, dan zal een exclusieve verwijzing naar deze opvolgende schakel ook de eerste schakel in de keten geen goed doen. Wij gaan er dan ook van uit dat in beginsel eerder sprake is van een prikkel tot de exclusieve (marktafschermende) samenwerking, indien beide partijen belangrijke spelers zijn op de desbetreffende markten.

3. Effect

Indien zowel de mogelijkheid als de prikkel bestaat concurrenten uit te sluiten, dient ten slotte te worden onderzocht of de efficiëntievoordelen van de bundeling opwegen tegen de negatieve, marktafschermende effecten van de samenwerking.⁵⁷ Zo zal een gedwongen winkelnering toelaatbaar zijn indien deze noodzakelijk is voor het behalen van bepaalde efficiëntievoordelen, die opwegen tegen de nadelen van de winkelnering en die grotendeels aan de consument worden doorgegeven, zonder dat de samenwerking de concurrentie voor een wezenlijk deel uitschakelt. Een nauwgezette beoordeling van de effecten van de samenwerking op de prijs en kwaliteit van de te leveren c.q. geleverde zorg is derhalve een essentieel onderdeel

voor het uiteindelijke oordeel van de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van de ketensamenwerking.

Deze afweging van voordelen en nadelen dient overigens ook bij de beoordeling van horizontale ketenzorg plaats te vinden. De volgende paragraaf over efficiëntievoordelen dient daarom gelezen te worden als een doorslaggevende schakel van de mededingingsrechtelijke beoordeling van zowel horizontale, als niet-horizontale ketens.

3.5 Efficiëntievoordelen

Ter voorkoming van het verbieden van pro-competitieve samenwerkingsverbanden op mededingingsrechtelijke gronden, is het essentieel de efficiëntievoordelen van een samenwerking goed in kaart te brengen.

Een voorbeeld van ketenzorg voor depressiepatiënten laat zien wat de concrete voordelen van volgtijdelijke continuïteit in de zorgketen kunnen zijn:⁵⁸

- Tijdige diagnostiek: de huisarts krijgt ondersteuning van een transmuraal team (maatschappelijk werkende, eerstelijns psycholoog en psychiater) tijdens de diagnosefase waardoor de depressie tijdig wordt erkend.
- Passende zorg: in de diagnosefase wordt bepaald welke ketenpartner het meest geschikt is de patiënt te behandelen. Daarvoor is een juiste inschatting van de ernst van de depressie van groot belang. Patiënten met niet-ernstige depressies krijgen ‘lichtere’ vormen van zorg en medicatie, patiënten met ernstige depressies worden verwezen naar de tweede lijn.
- Efficiënte doorstroom: tijdige diagnostiek leidt ook tot tijdige doorstroom. Passende zorg betekent dat onnodige belasting bij de tweede lijn gereduceerd wordt waardoor patiënten met ernstige depressies sneller toegang hebben tot de tweede lijn.
- Veilig en gestroomlijnd medicijngebruik: in de keten worden afspraken gemaakt in de vorm van een medicatieprotocol over veilig voorschrijven, verstrekken en gebruiken van antidepressiva.
- Kostenreductie: tijdige diagnostiek, passende zorg, efficiënte doorstroom en veilig en gestroomlijnd medicijngebruik verbeteren niet alleen de kwaliteit van de zorg, maar dragen ook bij tot kostenbeheersing. Tijdige diagnostiek is bijvoorbeeld belangrijk voor het voorkomen van chroniciteit.

Bij de beoordeling van concrete mededingingszaken kan het noodzakelijk zijn de omvang van de efficiëntievoordelen zo goed mogelijk te kwantificeren. Hoewel de voorstanders van ketenzorg zeer overtuigd zijn van de voordelen van ketenzorg, zijn de efficiëntievoordelen van bestaande ketenzorginitiatieven, althans in Nederland, nog maar in beperkte mate gekwantificeerd. Wel is een benchmarkinstrument ontwikkeld voor ZonMw voor CVA (cerebro vasculair accident)-ketenzorg waarmee de prestaties van zorgketens kunnen worden gemeten. In deze benchmark wordt een aantal indicatoren (zoals ‘het percentage patiënten dat teruggaat naar de oorspronkelijke woonomgeving’, ‘ligduur in het ziekenhuis’ en ‘mate van patiëntentevredenheid’) gemeten. De benchmark was

56. Zie bijvoorbeeld reeds genoemd NMa-besluit in de zaak *Laak & Eemhoven-Amant*, randnummers. 77-80.

57. Een voorbeeld van mededingingsbeperkende effecten is wanneer behandelingen van concurrerende zorginstellingen (sterk) teruglopen waardoor de concurrentiedruk van bestaande concurrenten wordt aangetast of potentiële concurrenten worden afgeschrikt toe te treden waardoor ten slotte de marktmacht van de ketensamenwerking toeneemt (vergelijk Richtsnoeren niet-horizontale fusies, punt 113).

58. Zie <www.ikpfryslan.nl/download.asp?link=/files/3126/plan_van_aanpak_doorbraakproject_depressie_7_2.doc&linkID>.

toegepast om negen regionale zorgketens onderling te vergelijken.⁵⁹ In de toekomst kunnen (de resultaten van) vergelijkbare onderzoeken een belangrijke rol spelen in mededingingszaken.

4. Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat het mededingingsrecht niet in de weg hoeft te staan aan samenwerkingsvormen en ketenzorgverbanden die bijdragen aan de kwaliteit, betaalbaarheid en bereikbaarheid van de zorg. Afspraken die enkel hierop betrekking hebben, zoals zorginhoudelijke afstemming, of het doorsturen van patiëntinformatie, zullen niet snel de mededinging beperken. Indien de keten ook bestaat uit actuele of potentiële concurrenten, moet worden gewaakt voor overtredingen zoals marktverdeling of afstemming van prijzen, hoeveelheden of andere commerciële voorwaarden.

Veel ketens in de zorg bestaan echter uit aanbieders die niet met elkaar (kunnen) concurreren. Wij hebben deze ketens aangeduid als samenwerkingsverbanden met conglomeraatkarakter. De mededingingsrechtelijke aandacht bij samenwerkingsverbanden met conglomeraatkarakter gaat vooral uit naar het risico dat concurrenten van bepaalde schakels in de keten van de markt worden uitgesloten. Van ontoelaatbaar uitsluitingsgedrag zal bij ketenzorg niet al te snel sprake zijn. In de eerste plaats zal de ene schakel in de keten niet gemakkelijk zijn patiënten contractueel kunnen dwingen gebruik te maken van het zorgaanbod van een andere schakel. Ten tweede is relevant dat, anders dan bij niet-horizontale fusies, winst door uitsluiting niet direct ten goede komt aan de overige ketenpartners. Wel kan een prikkel bestaan indien de ketenpartners over aanzienlijke marktmacht beschikken. Indien zowel de mogelijkheid als de prikkel tot uitsluiting toch bestaat, dient ten slotte nog te worden onderzocht of de efficiëntievoordelen van de keten niet opwegen tegen de nadelen van de (mogelijke) uitsluiting van derden.

Ketens zijn geen kartels. Dat heeft naar onze mening ook consequenties voor de toezichtstijl. Gezien de relatief beperkte risico's van verboden mededingingsbeperkingen bij ketenzorg en de maatschappelijke wenselijkheid dat dergelijke samenwerking ondanks de inhoudelijke weerbarstigheid plaatsvindt, staan wij een horizontale vorm van toezicht voor. Daarmee bedoelen wij een vorm van toezicht waarbij de toezichthouder de dialoog met de onder toezichtgestelde niet uit de weg gaat.⁶⁰ Horizontaal toezicht staat tegenover verticaal toezicht, waarbij eenzijdig, van bovenaf gedrag wordt gecorrigeerd. Hoewel het uiteraard noodzakelijk is dat de NMa hard, repressief toezicht uitoefent bij kartelvorming, brengt horizontaal toe-

zicht onder andere met zich mee dat de NMa extra aandacht geeft aan *guidance* en, zeker bij complexe vraagstukken, openstaat voor overleg met de ondertoezichtgestelden, het verstrekken van informele zienswijzen over de uitleg van de mededingingsregels en, indien gepast, toezeggingsbesluiten. ■

59. Instituut Beleid & Management Gezondheidszorg en Prismant in opdracht van ZonMw, *Stroke services gespiegeld*, april 2005.

60. Vgl. A.T. Ottow, *De Markt meester? De zoektocht naar nieuwe vormen van toezicht*, rede in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar economisch publiekrecht aan de Universiteit van Utrecht op 18 september 2008, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Nieuw verschenen!

De markt meester?

De zoektocht naar nieuwe vormen van toezicht

Prof. mr. A.T. Ottow



Economische toezichthouders, zoals de NMa, OPTA, DTe en AFM zijn, op zoek naar nieuwe toezichtvormen. Er is een tendens waarneembaar van meer horizontaal gericht toezicht. Zo vindt er meer overleg, samenwerking en onderhandeling plaats met onder toezicht gestelde ondernemingen. Waar komt deze tendens vandaan? Hoe valt deze stijl te verklaren? De vraag doet zich voor op welke wijze deze nieuwe vormen zijn te integreren in het markttoezicht. Hebben de toezichthouders op deze wijze voldoende grip op ontwikkelingen in de markt? In deze oratie komen onder andere deze vraagstukken aan bod.

Prijs € 19,00

inclusief btw,
exclusief verzend- en
administratiekosten,
ook verkrijgbaar
via de boekhandel
ISBN 978-90-8974-067-0

BESTEL NU VIA WWW.BJU.NL

BJU

Boom Juridische uitgevers

Postbus 85576 | 2508 CG Den Haag | telefoon 070 330 70 33 | fax 070 330 70 30
e-mail verkoop@bju.nl | website www.bju.nl

M

Markt & Mededinging

M

Special Issue: 'Marktwerking in de zorg' met o.a.



Fusies van ziekenhuizen



Zorgfusies getoetst



De beoordeling van samenwerkingsvormen in de zorg onder art. 6 Mw.